



15.087

**Message
relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé
de l'administration des fonds de compensation de l'AVS,
de l'AI et du régime des APG
(Loi sur les fonds de compensation)**

du 18 décembre 2015

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

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet de loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation).

Simultanément, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2014 M 14.3390 Assujettissement des fonds de compensation AVS/AI/APG
à la loi sur les marchés publics
(CN 26.9.14 Feller; CE 9.6.15)

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

18 décembre 2015

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le présent projet de loi vise à instituer un établissement fédéral de droit public chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI, et du régime des APG. Doté de la personnalité juridique, l'établissement est inscrit au registre du commerce sous la désignation «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» / «compenswiss (Fonds de compensation AVS/AI/APG)» / «compenswiss (Fondi di compensazione AVS/AI/IPG)» / «compenswiss (Fonds da cumpensaziun AVS/AI/UCG)».

Contexte

Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assainissement de l'assurance-invalidité, en 2011, les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG sont gérés conjointement, mais sont juridiquement autonomes. Les bilans et comptes de résultat de chaque fonds de compensation sont tenus séparément, mais les placements et les liquidités sont administrés en commun. En outre, les fonds de compensation sont dirigés par un conseil d'administration et un office de gestion communs. Dans le régime actuel, cette structure n'a pas de personnalité juridique propre. Cette situation est problématique pour les opérations de placement, surtout sur le marché financier international, où les fonds de compensation ne sont pas perçus par tous les acteurs financiers comme des partenaires à part entière. Le présent projet de loi vise à clarifier la situation juridique des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG, et à pallier les difficultés de représentation actuelles. Par ailleurs, en raison notamment de la complexité croissante des activités de gestion et afin d'appliquer également à Compenswiss les principes de bonne gouvernance établis par le Conseil fédéral, il est nécessaire de moderniser une législation dont le fondement s'inspire encore du message du 24 mai 1946 relatif au projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Contenu du projet

Avec le présent projet, le Conseil fédéral entend notamment:

- instituer un établissement de droit public chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG en lui conférant un statut juridique clair;*
- résoudre les difficultés de représentation que rencontrent actuellement les organes de l'établissement agissant envers des tiers pour le compte des trois fonds de compensation;*
- maintenir la séparation financière des trois fonds de compensation conformément à la volonté du législateur;*
- moderniser la législation relative aux fonds de compensation;*
- accroître la transparence;*
- régler la surveillance de l'établissement;*

-
- *définir et délimiter clairement les responsabilités respectives de l'établissement et de la Centrale de compensation concernant la comptabilité;*
 - *accorder à l'établissement de droit public le statut d'employeur doté de compétences en matière de droit du personnel et de la prévoyance dans le cadre de la loi sur le personnel de la Confédération, afin qu'il soit habilité à adopter, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, des dispositions d'exécution plus souples, notamment pour ce qui est de la structure salariale;*
 - *soumettre l'établissement aux règles régissant les marchés publics, à l'exclusion de l'administration de la fortune;*
 - *définir les modalités de remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS à l'échéance du financement additionnel de l'AI, à savoir après 2017.*

Table des matières

Condensé	272
1 Présentation du projet	275
1.1 Contexte	275
1.2 Dispositif proposé	276
1.2.1 Instauration d'un établissement de droit public	276
1.2.2 Modernisation, transparence et surveillance	277
1.2.3 Politique en matière de placements	278
1.2.4 Statut du personnel et prévoyance professionnelle	279
1.2.5 Assujettissement à la loi sur les marchés publics	280
1.2.6 Dette de l'AI envers l'AVS	281
1.3 Appréciation de la solution retenue	282
1.4 Adéquation des moyens requis	284
1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	285
1.6 Classement d'interventions parlementaires	285
2 Commentaire des dispositions	285
3 Conséquences	309
3.1 Conséquences pour les fonds de compensation et pour les assurances sociales	309
3.2 Conséquences pour la Confédération	310
3.3 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	310
3.4 Conséquences économiques	310
3.5 Conséquences sociales	310
3.6 Conséquences environnementales	311
4 Relation avec le programme de la législature	311
5 Aspects juridiques	311
5.1 Constitutionnalité	311
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales	311
5.3 Forme de l'acte à adopter	311
5.4 Frein aux dépenses	311
5.5 Délégation de compétences législatives	312
5.6 Protection des données	312
Loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (Loi sur les fonds de compensation) (Projet)	313

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Issue du régime des allocations pour perte de salaire et de gain (APG), la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹ en a repris le mode de financement par répartition et le système des caisses de compensation qui gèrent l'encaissement des cotisations et le versement des rentes. La LAVS prévoit ainsi un système de compensation des recettes et des dépenses géré par des caisses. La Centrale de compensation (CdC) garantit le fonctionnement du système de compensation sur le plan national.

La gestion centralisée des liquidités et de la fortune de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), de l'assurance-invalidité (AI) et du régime des APG, est quant à elle confiée aux fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG, et est notamment réglée dans l'ordonnance du 2 décembre 1996 concernant l'administration des Fonds de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité et du régime des allocations pour perte de gain (ci-après: ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation)². Jusqu'à fin 2010, le Fonds de compensation de l'AI faisait partie du Fonds de compensation de l'AVS. Le 27 septembre 2009, le peuple et les cantons ont approuvé l'arrêté fédéral du 13 juin 2008 relatif au financement additionnel de l'AI³ par un relèvement temporaire des taux de la TVA jusqu'à fin 2017. Simultanément, la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité⁴ est entrée en vigueur. Son but était de créer un fonds de compensation distinct pour l'AI. Depuis le 1^{er} janvier 2011, l'AI dispose donc, comme l'AVS et le régime des APG, d'un fonds de compensation propre. Le Fonds de compensation de l'AI (art. 79 et 79a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI]⁵ et art. 1, al. 1, de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité) et celui du régime des APG (art. 28 de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain [LAPG]⁶) ont actuellement le même statut juridique que le Fonds de compensation de l'AVS (art. 107 LAVS), puisqu'ils sont constitués sur le même modèle. Il s'agit de trois fonds indépendants dotés chacun d'une personnalité juridique propre, mais gérés conjointement. En effet, selon la volonté du législateur, les fonds de compensation sont administrés en commun par les mêmes organes. Afin d'optimiser les stratégies de placement et de limiter au maximum les coûts de gestion, les placements et les liquidités sont en principe gérés en commun. Les fonds de compensation tiennent également une trésorerie centralisée.

1 RS 831.10

2 RS 831.192.1

3 RO 2010 3821

4 RS 831.27

5 RS 831.20

6 RS 834.1

Si, de manière générale, le statut juridique de chaque fonds de compensation pris séparément ne pose pas de problème, des difficultés de représentation en ce qui concerne notamment les placements à l'étranger surgissent en pratique quand, pour des raisons d'efficience, les organes des fonds de compensation agissent envers des tiers pour le compte des trois fonds de compensation. Pour rappel, le législateur a étendu les possibilités de placement du Fonds de compensation de l'AVS sur le marché national dans le cadre de la 10^e révision de l'AVS⁷ et l'a ensuite autorisé à opérer des placements en titres internationaux⁸.

Vu la complexité croissante de l'activité de placement, notamment à l'étranger, il y a lieu de moderniser la législation actuelle. Il faut également accroître la transparence et écarter tout problème de représentation.

1.2 Dispositif proposé

1.2.1 Instauration d'un établissement de droit public

Le présent projet de loi prévoit l'instauration d'un établissement de droit public chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG. Un établissement est une entité autonome du point de vue des finances et de l'organisation et chargée d'une tâche publique précise. Bien qu'il s'agisse d'un établissement de la Confédération, la fortune des fonds de compensation n'appartient pas à cette dernière, mais à l'AVS, à l'AI et au régime des APG, selon leurs quotes-parts respectives.

Doté de la personnalité juridique, l'établissement est inscrit au registre du commerce sous la désignation «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» / «compenswiss (Fonds de compensation AVS/AI/APG)» / «compenswiss (Fondi di compensazione AVS/AI/IPG)» / «compenswiss (Fonds da cumpensaziun AVS/AI/UCG)». En obtenant la personnalité juridique, compenswiss dispose d'un statut juridique propre non équivoque. Cela a pour corollaire que les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG perdent leur personnalité juridique. Grâce à la nouvelle forme juridique et à l'inscription de l'établissement au registre du commerce, les parties contractantes – notamment à l'étranger – auront la possibilité d'identifier formellement leur partenaire économique. La réglementation retenue doit également permettre d'assouplir les conditions imposées à compenswiss dans certaines opérations financières, notamment en ce qui concerne les exigences de garantie.

L'établissement compenswiss reste chargé d'administrer les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI, et du régime des APG. Sa tâche est d'assurer en tout temps les liquidités nécessaires aux paiements des prestations de l'AVS, de l'AI et du régime des APG et d'investir la fortune de manière à garantir un rapport optimal entre la sécurité et l'obtention d'un rendement conforme aux conditions du marché. Conformément à son mandat et à sa stratégie, compenswiss doit mener une politique d'investissement adaptée, d'une part, au besoin élevé en liquidités et, d'autre part, à l'horizon de placement relativement court des trois fonds de compensation.

⁷ FF 1990 II 1

⁸ RO 2001 292

1.2.2 Modernisation, transparence et surveillance

L'AVS, l'AI et le régime des APG sont des entités uniques en leur genre dont l'organisation n'est pas comparable à celle des sociétés de droit privé (telles que les sociétés anonymes). Leurs tâches et leurs responsabilités sont réparties entre différents acteurs: les organes d'exécution, la CdC et l'entité chargée de la gestion de fortune des fonds de compensation. Ce système issu d'une évolution historique a fait ses preuves et n'est aucunement remis en question par le présent projet.

L'institution de l'établissement fédéral de droit public chargé de l'administration des fonds de compensation s'accompagne d'une modernisation des structures de l'administration de la fortune de l'AVS, de l'AI et du régime des APG. Cette modernisation comporte notamment l'ajustement des bases légales aux principes fixés par le Conseil fédéral dans le rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise [rapport GE])⁹ et dans le rapport du 25 mars 2009 complétant le rapport GE (rapport complémentaire GE)¹⁰, l'amélioration de la transparence sur le plan des structures, de la répartition des compétences, de la comptabilité et de l'information du public, ainsi que la définition des principes de surveillance de l'établissement.

La législation sur les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG s'inspire aujourd'hui encore du message du 24 mai 1946 relatif au projet de loi sur l'assurance-veillesse et survivants¹¹. Les bases juridiques relatives à l'administration des fonds de compensation sont fixées dans la LAVS, la LAI, la LAPG et dans l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation. Ces dispositions éparses ont été adoptées sans véritable vue d'ensemble. C'est pourquoi le cadre juridique doit être modernisé et les dispositions pertinentes concernant les tâches, les principes d'exécution et l'organisation être regroupées dans un seul et même texte.

Le projet de loi dote l'établissement d'une organisation interne claire et transparente et définit ses organes (conseil d'administration, direction et organe de révision), ainsi que leurs compétences et les responsabilités qui leur incombent. Ce projet fixe également les tâches et les compétences du Conseil fédéral en tant qu'autorité de surveillance de l'établissement et prévoit que le Contrôle fédéral des finances demeure l'organe de révision.

La séparation financière des fonds de compensation (nonobstant leur administration commune) exige la définition de règles précises pour la comptabilité et les rapports de gestion financière. Ainsi, le présent projet définit et attribue notamment les tâches et les responsabilités en matière de gestion de la fortune, de comptabilité et de rédaction annuelle des rapports annuels.

⁹ FF 2006 7799

¹⁰ FF 2009 2299

¹¹ FF 1946 II 353

1.2.3 Politique en matière de placements

Quand bien même la fortune des trois fonds de compensation est gérée en commun, chaque fonds de compensation concerne une assurance distincte et doit donc demeurer indépendant au sein de l'établissement. Aucun financement croisé entre les fonds de compensation n'est admis, pour empêcher que la fortune d'une des assurances soit utilisée aux fins de résoudre d'éventuels problèmes financiers d'une autre. Un bilan et un compte de résultat doivent être tenus pour chacun des fonds de compensation. Malgré le financement et les comptes séparés, la fortune des trois fonds de compensation continuera en principe à être placée en commun. Les parts respectives des fonds de compensation à la fortune se différencient en fonction de leurs profils de placement et de risque propres. Un placement peut aussi être effectué pour un seul ou pour deux fonds de compensation, à condition que l'opération et les rendements soient imputés aux fonds de compensation concernés.

La loi définit les critères régissant l'orientation des opérations de placement: l'établissement doit garantir un rapport optimal entre la sécurité et l'obtention d'un rendement conforme aux conditions du marché et en adéquation avec le profil de placement et de risque de chaque fonds de compensation.

Une des tâches centrales de l'établissement consiste à garantir aux caisses de compensation les liquidités dont elles ont besoin pour verser les prestations aux assurés. Contrairement aux caisses de pension par exemple, dont la plupart des engagements sont pris à long terme, les assurances concernées opèrent selon le système de répartition et ne peuvent donc pas effectuer une répartition des risques fondée sur des engagements prévisibles à long terme. C'est pourquoi leurs fonds de compensation doivent disposer de liquidités suffisantes pour mettre en œuvre les assurances sociales. Les bases légales actuelles du 1^{er} pilier règlent déjà le niveau obligatoire du fonds de compensation (niveau légal du fonds). L'art. 107, al. 3, LAVS dispose ainsi que le «Fonds de compensation de l'AVS ne doit pas [...] tomber au-dessous du montant des dépenses annuelles». L'art. 79, al. 3, LAI précise en outre que «les avoirs du Fonds de compensation de l'AI en liquidités et en placements ne doivent pas, en principe, être inférieurs à 50 % des dépenses annuelles». S'agissant du Fonds de compensation du régime des APG, les avoirs du fonds en liquidités ne doivent pas non plus être inférieurs à 50 % des dépenses annuelles (art. 28, al. 3, LAPG). La réforme Prévoyance vieillesse 2020 propose d'instaurer un mécanisme d'intervention déclenchant des mesures automatiques au cas où le niveau du Fonds de compensation de l'AVS passerait au-dessous de 70 % des dépenses annuelles¹². Ce projet montre bien l'importance qu'il faut accorder à la garantie d'un niveau suffisant de liquidités afin que les caisses de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG soient à même de fournir leurs prestations légales.

¹² Message concernant la réforme Prévoyance vieillesse 2020, FF 2015 1, ici pp. 106 ss.

1.2.4 Statut du personnel et prévoyance professionnelle

En vertu de l'art. 7a, al. 3, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation, les rapports de service du personnel sont régis par la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)¹³. En outre, le conseil d'administration est compétent pour instaurer, modifier ou résilier les rapports de travail du directeur et des membres de la direction. Pour retenir du personnel particulièrement qualifié, il peut aussi, avec l'accord du Département fédéral des finances (DFF), s'écarter de la classification d'un poste et statuer librement sur la promotion et le salaire initial de certaines personnes (art. 7a, al. 1 et 4, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation). Il n'a toutefois pas la compétence d'édicter une ordonnance propre sur le personnel, puisque ce sont les dispositions d'exécution de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers)¹⁴ qui s'appliquent actuellement. Or l'expérience a montré que ce cadre légal offrait une marge de manœuvre insuffisante pour pouvoir recruter les cadres et les spécialistes du secteur financier qui seront indispensables à l'avenir. Pour y parvenir, tant le système de rémunération que les autres conditions d'engagement, en particulier les délais de résiliation, doivent offrir une plus grande marge d'action.

C'est pour cette raison que l'établissement, au moment de son institution, se verra accorder le statut d'employeur. Le statut du personnel de l'établissement restera toutefois soumis au droit public et régi par la LPers conformément aux conclusions du rapport complémentaire GE, qui relève la nécessité, pour la Confédération, d'assurer un pilotage uniforme de la politique du personnel dans les entités externalisées. La LPers prévoit que le conseil d'administration des établissements ayant le statut d'employeur peut édicter ses propres dispositions d'exécution en matière de droit du personnel, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral (art. 37, al. 3 et 3bis, LPers). L'établissement aura ainsi la compétence de réglementer lui-même les rapports de travail pour autant qu'il respecte les prescriptions de la LPers. Cette possibilité offre une plus grande marge de manœuvre en ce qui concerne notamment la fixation du système de rémunération. En exigeant l'approbation du Conseil fédéral, on garantit que les conditions d'engagement respectent les exigences économiques et politiques tout en évitant des divergences injustifiées par rapport aux règles applicables au personnel de la Confédération et à celui des autres établissements de la Confédération.

Les membres du conseil d'administration ne sont, quant à eux, pas soumis à la LPers, l'art. 6a, al. 1, let. b étant réservé. Leurs honoraires et les autres conditions contractuelles qui les concernent sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 19 décembre 2003 sur les salaires des cadres¹⁵.

Comme le statut du personnel, celui de la caisse de pension est régi par le droit public. En outre, l'établissement est réputé employeur sur le plan du droit de la prévoyance, ce qui impliquerait, en vertu du droit en vigueur, l'obligation de constituer une caisse de prévoyance ad hoc. Or, étant donné la taille réduite de compenswiss, cela ne serait pas judicieux. Afin de permettre à l'établissement et à

¹³ RS 172.220.1

¹⁴ RS 172.220.111.3

¹⁵ RS 172.220.12

d'autres institutions similaires de rester affiliés à la Caisse de prévoyance de la Confédération, il faut donc modifier les dispositions déterminantes de la LPers. La modification doit également permettre aux employeurs qui, outre la personnalité juridique et une comptabilité propre, ont un statut du personnel spécifique réglé par une loi spéciale, de rester affiliés à la Caisse de prévoyance de la Confédération. De plus, le présent projet accorde au Conseil fédéral la compétence d'ordonner lui-même le regroupement de plusieurs employeurs dans une caisse de prévoyance commune, afin de prévenir la création de caisses trop petites. Cette compétence n'appartient actuellement qu'à PUBLICA. Le projet de l'attribuer aussi au Conseil fédéral se justifie par les problèmes spécifiques observés ces dernières années dans les caisses de prévoyance de petite taille (capacité de risque, structure d'âge, frais d'administration peu favorables).

1.2.5 Assujettissement à la loi sur les marchés publics

Selon la loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)¹⁶, les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG ne sont pas soumis au droit des marchés publics. Ils ne font en effet pas partie de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2, al. 1, let. a, LMP. Le 26 septembre 2014, le Conseil national a adopté la motion Feller (14.3390 «Assujettissement des fonds de compensation AVS/AI/APG à la loi sur les marchés publics»), comme le proposait le Conseil fédéral. La LMP sera donc complétée dans ce sens. Durant la session d'hiver 2014, l'auteur de cette motion a également demandé pour quelles raisons il était justifiable que les opérations de placement de l'établissement échappent à la législation sur les marchés publics¹⁷. Le Conseil fédéral considère que, dans l'intérêt d'une gestion efficace et économique de la fortune des fonds de compensation, l'établissement doit avoir la possibilité, comme c'est déjà le cas, de confier des mandats de gestion de fortune à court terme. En outre, l'établissement doit pouvoir continuer à soumettre les gérants de fortune à un examen de diligence raisonnable (*due diligence*) en vue de l'agrément. Un tel examen ne serait cependant pas possible dans le cadre des appels d'offres soumis à la législation sur les marchés publics. L'établissement doit pouvoir à l'avenir aussi émettre des mandats de gestion de fortune sans appel d'offres préalable, y compris pour les placements directs dans l'immobilier. Une telle réglementation correspond à la réserve formulée par la Suisse au sujet de l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (Agreement on Government Procurement 2012, AMP 2012, Offres finales au titre de l'Appendice I présentées par la Suisse, annexe 7, ch. C.1)¹⁸. L'AMP révisé sera ratifiée par la Suisse et entrera en vigueur pour la Suisse dès qu'il aura été mis en œuvre dans le droit national. Cela dit, certaines prestations bancaires sont d'ores et déjà exceptées

¹⁶ RS 172.056.1

¹⁷ Questions n° 14.5494 «Le président des fonds de compensation AVS/AI/APG est-il au-dessus des décisions des autorités politiques?», n° 14.5637 «Quels sont les services financiers qui échappent à la loi et à l'ordonnance sur les marchés publics?» et n° 14.1111 «Mandats de gestion de fortune attribués à des gérants externes par les fonds AVS/AI/APG. Assujettissement à la loi fédérale sur les marchés publics», toutes posées par Olivier Feller.

¹⁸ www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38883.pdf

du champ d'application du droit des marchés publics en vertu du droit en vigueur. Aux termes de la let. A, ch. 6, de l'annexe 1a de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP)¹⁹, la loi et l'ordonnance ne s'appliquent pas aux services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers.

1.2.6 Dette de l'AI envers l'AVS

Jusqu'en 2011, les déficits de l'AI étaient compensés par les avoirs du Fonds de compensation de l'AVS. Lors de la création d'un fonds de compensation distinct pour l'AI, le report des pertes de l'AI est demeuré inscrit comme une créance de l'AVS envers l'AI. A cette époque, la dette de l'AI avoisinait les 15 milliards de francs, et elle se montait encore à 12,8 milliards à la fin de 2014.

En vertu de l'art. 2, al. 2, de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité, la dette de l'assurance est amortie au moyen des éventuels excédents de son fonds de compensation pendant la période de financement additionnel, qui court jusqu'à fin 2017: pendant la période du relèvement temporaire de la TVA, le montant du capital du Fonds de compensation de l'AI excédant, à la fin de l'exercice, le capital initial de 5 milliards de francs est versé chaque année au Fonds de compensation de l'AVS. Si le résultat de répartition de l'AI est négatif, il ne vient pas gonfler la dette, mais est imputé au capital de l'assurance.

Aucune disposition n'a encore été prévue pour relayer les mesures temporaires de financement additionnel de l'AI après 2017. Dans le cadre du 2^e volet de la 6^e révision de l'AI (révision 6b)²⁰, le Conseil fédéral avait proposé un mécanisme selon lequel l'AI devait verser au Fonds de compensation de l'AVS la part des avoirs de son fonds de compensation en liquidités et en placements excédant, en fin d'exercice, le seuil de 50 % de ses dépenses annuelles. Vu le rejet de la révision 6b par le Parlement en 2013, cette réglementation ne pourra pas entrer en vigueur. Le présent projet prévoit de régler le remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS après 2017. Sur ce point, il reprend la formulation de la révision 6b, et ce pour les raisons exposées ci-après.

Le désendettement doit se faire rapidement, mais toujours en respectant la marge financière de l'AI. Si l'AI ne réalise pas d'excédents ou que le remboursement de la dette met en péril ses liquidités, l'amortissement est suspendu. L'utilisation d'un seuil (en pourcentage des dépenses annuelles) permet de tenir compte de la dynamique des dépenses de l'AI: si les dépenses sont modérées, l'AI peut rembourser un montant plus élevé sans entamer sa marge de manœuvre financière. Au contraire, si les dépenses sont relativement élevées, le seuil augmente proportionnellement et le montant remboursé sera moindre.

L'art. 79, al. 3, LAI prévoit que les avoirs du Fonds de compensation de l'AI en liquidités et en placements ne doivent pas, en principe, être inférieurs à 50 % des dépenses annuelles. Depuis la séparation du Fonds de compensation de l'AI de celui

¹⁹ RS 172.056.11

²⁰ FF 2011 5301, ici 5374

de l'AVS en 2011, les avoirs en liquidités et en placements de l'assurance-invalidité n'ont jamais atteint ce seuil (44,2 % des dépenses annuelles en 2011, 45,0 % en 2012 et 44,8 % en 2013), ce qui n'a pas empêché l'AI de commencer à rembourser sa dette; elle a par exemple versé à l'AVS plus de 590 millions de francs en 2012. Pour que le mécanisme de désendettement respecte l'art. 79, al. 3, LAI, le remboursement ne sera permis que si le seuil atteint 50 % des dépenses annuelles de l'assurance.

La disposition proposée va également dans le sens du ch. 1 de la motion Schwaller (13.3990 «Mettre en place sans attendre un plan de redressement financier durable pour l'assurance-invalidité»), qui demande «qu'après l'échéance de la période de financement additionnel par la TVA, les dettes du fonds AI auprès du fonds AVS [continuent] d'être amorties jusqu'en 2028». Or, grâce au mécanisme de désendettement proposé, la dette de l'AI serait amortie d'ici à 2030 selon les perspectives financières actuelles²¹.

L'AI doit également verser à l'AVS les intérêts de sa dette. Jusqu'au terme de la période de financement additionnel de l'AI, c'est la Confédération qui les prend à sa charge (en sus de sa contribution ordinaire à l'AI). Si la loi sur les fonds de compensation qui fait l'objet du présent message devait entrer en vigueur avant 2018, elle devrait contenir une disposition relative à la prise en charge des intérêts de la dette, de sorte que la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité puisse être abrogée. Cela est nécessaire afin que la Confédération continue à supporter le service des intérêts jusqu'à la fin de la période de financement additionnel de l'AI (la disposition en question resterait en vigueur jusqu'à fin 2017).

Pour la période de financement additionnel de l'AI, la Confédération et le conseil d'administration ont fixé, dans une convention, la rémunération de la dette de l'AI à un taux conforme aux conditions du marché. Après cette échéance, c'est l'AI qui supportera les intérêts de la dette. Ainsi, la responsabilité de fixer le taux d'intérêt reviendra au conseil d'administration de l'établissement. Celui-ci veillera à ce que le taux d'intérêt soit conforme aux conditions du marché. Le conseil d'administration devra ainsi se baser sur un ordre de grandeur défini. Si la loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ou plus tard, il ne sera pas nécessaire d'indiquer de date à partir de laquelle cette disposition s'applique.

1.3 Appréciation de la solution retenue

La modification du 29 août 2012²² de l'ordonnance du 2 décembre 1996 concernant l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et des APG²³ a donné au conseil d'administration la possibilité de créer une société d'investissement à capital variable (SICAV) qui puisse servir d'instrument de placement commun pour la fortune des fonds de compensation, sans pour autant créer un lien solidaire indésirable entre les assurances. En raison de problèmes de mise en œuvre (liés entre

²¹ Finances de l'AI, version 2, état au 1.9.2014, disponible sous www.ofas.admin.ch > Thèmes > Assurance-invalidité AI > Chiffres clés / Statistiques.

²² RO 2012 5055

²³ RS 831.192.1

autres à la surveillance et à la gestion), une SICAV contenant l'ensemble de la fortune des trois fonds de compensation n'a jamais été instituée. Après examen, le présent projet ne retient pas la possibilité pour compensswiss de créer une telle société ni aucune autre forme de placement collectif. Il y a à cela plusieurs raisons. La création de l'établissement permettra à elle seule de résoudre plus efficacement qu'une SICAV les problèmes de représentation des trois fonds de compensation envers des tiers. Si la création d'une SICAV (chargée par ex. de gérer une part de la fortune) restait admise, il serait nécessaire de prévoir des réglementations supplémentaires pour résoudre les problèmes de surveillance, de contrôle ou d'indemnités qui en résulteraient. En effet, placées dans ce type de société de placement collectif, les valeurs patrimoniales des fonds de compensation seraient entièrement ou partiellement transférées à une institution de droit privé. Cela contreviendrait tant au principe consistant à confier la gestion de la fortune à un établissement de droit public qu'à la volonté de régler par le droit public non seulement le financement et les prestations des assurances, mais également la gestion de leur fortune. C'est pourquoi le projet de loi ne prévoit pas la possibilité de créer des placements collectifs relevant du droit privé ni des sociétés d'investissement. En revanche, il autorise l'acquisition de parts de placements collectifs.

Avis de la Commission fédérale AVS/AI

La Commission fédérale AVS/AI a examiné l'avant-projet de loi sur les fonds de compensation le 24 mars 2015. Elle s'est montrée dans l'ensemble favorable aux propositions présentées. Toutefois, elle est d'avis que l'organe de révision (art. 10) ne doit pas être le Contrôle fédéral des finances. Elle propose de nommer un autre organe de révision disposant des compétences et des ressources nécessaires et suffisantes pour effectuer cette tâche. Le présent projet prévoit que le Contrôle fédéral des finances demeure l'organe de révision, afin de tenir compte du lien qui unit l'établissement à la CdC (au niveau de la tenue des comptes) et, via le financement, au budget de la Confédération (cf. ch. 2, commentaire de l'art. 10).

Au terme de la procédure de consultation, la Commission AVS/AI a pris connaissance du projet de message le 19 novembre 2015.

Avis et prises de position émis lors de la procédure de consultation

Le 5 juin 2015, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur (DFI) de mener une procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi sur les fonds de compensation. Par courrier envoyé à la même date, le DFI a invité les cantons, les partis représentés à l'Assemblée fédérale, les organisations faitières de l'économie et les associations et organisations intéressées à communiquer leur prise de position jusqu'au 25 septembre 2015. Le projet dans son ensemble a été approuvé à la quasi unanimité par les participants à la consultation. La majorité des participants reconnaît la nécessité de clarifier la situation juridique des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG et approuve l'institution, dans ce but, d'un établissement de droit public chargé de leur administration. Elle salue le renforcement du premier pilier grâce à une structure modernisée. Elle insiste sur la nécessité de maintenir la séparation financière des trois fonds de compensation tout en assurant une administration commune, afin de garantir la transparence financière et d'écarter le risque que la fortune d'une assurance ne soit utilisée pour résoudre les

problèmes financiers d'une autre. La majorité des participants souscrit également à la délimitation des responsabilités respectives de l'établissement et de la CdC concernant la comptabilité. Les partisans du projet saluent aussi globalement le statut du personnel, l'assujettissement de l'établissement à la loi sur les marchés publics, exception faite de l'administration de la fortune, le principe et les modalités de remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS à la fin du financement additionnel après 2018, ainsi que l'exonération des impôts fédéraux, cantonaux et communaux.

Organe de révision

Par contre, comme la Commission AVS/AI, la majorité des participants est d'avis que l'organe de révision ne devrait pas être le Contrôle fédéral des finances, mais une entreprise de révision privée. L'organe de révision prévu par le projet de loi demeure toutefois le Contrôle fédéral des finances pour les raisons susmentionnées.

Intérêts de la dette de l'AI

La majorité des participants approuve la définition des modalités de remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS à la fin du financement additionnel, soit à partir de 2018. Quelques participants (PS, USS et cinq associations de défense des personnes handicapées) jugent toutefois que la Confédération devrait continuer à prendre en charge les intérêts de la dette de l'AI jusqu'à son complet désendettement. Le projet reprend les modalités de remboursement fixées dans la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'AI et prévoit que la Confédération paie les intérêts de la dette jusqu'à fin 2017 uniquement.

L'UDC remet en cause la nécessité d'une loi sur les fonds de compensation et rejette le projet dans la forme proposée. L'USAM demande de limiter les dispositions au strict nécessaire et de les introduire dans la LAVS.

On se reportera au rapport sur les résultats de la procédure de consultation pour plus de détails²⁴.

1.4 Adéquation des moyens requis

Souvent, l'instauration d'un établissement de droit public découle de la division d'une unité administrative existante; dans le cas présent, les trois fonds de compensation sont transférés dans l'établissement. Ainsi, aucune infrastructure existante ne doit être supprimée ni aucun patrimoine liquidé. Les fonds de compensation étant d'ores et déjà administrés en commun, les structures et le personnel nécessaires au nouvel établissement sont en grande partie disponibles. Par conséquent, la création de l'établissement ne nécessite en principe aucune ressource supplémentaire. Le chapitre 3 présente plus en détail les conséquences du projet.

²⁴ www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFI

1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le droit de l'Union européenne ne fixe pas de normes dans le domaine couvert par le présent projet de loi.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

Il est proposé de classer la motion Feller déposée le 2 juin 2014 (14.3390 «Assujettissement des fonds de compensation AVS/AI/APG à la loi sur les marchés publics»). Cette motion est traitée au ch. 1.2.5 et au ch. 2, dans le commentaire relatif à l'art. 2, al. 1, let. h, LMP.

2 Commentaire des dispositions

Art. 1 Forme juridique et siège

Al. 1: Cette disposition définit la forme juridique de compenswiss en lui conférant le statut d'établissement de droit public doté de la personnalité juridique, d'une comptabilité propre et inscrit au registre du commerce. S'il s'agit bien d'un établissement de droit public de la Confédération, il est utile de rappeler que la fortune des fonds de compensation n'appartient pas à la Confédération, mais aux assurances sociales que sont l'AVS, l'AI et le régime des APG.

Al. 2: Un établissement est une entité autonome du point de vue des finances et de l'organisation qui est chargée d'une tâche publique précise. L'établissement compenswiss édicte donc son propre règlement d'organisation. En raison de son autonomie de gestion, l'établissement doit tenir sa propre comptabilité, ce qui signifie qu'il n'est pas soumis, en tant que tel, à la loi du 7 octobre 2005 sur les finances²⁵ (art. 2, let. f, a contrario).

Al. 3: L'établissement doit accomplir ses tâches en veillant à utiliser ses ressources de manière rationnelle, efficace et axée sur les résultats.

Al. 4: Pour garantir une certaine flexibilité, la loi prévoit que c'est le Conseil fédéral qui fixe le siège de l'établissement. Actuellement, les fonds de compensation sont administrés à Genève et il est probable que le siège de l'établissement se trouvera également dans cette ville.

Al. 5: Sans y être tenus, les instituts de droit public ont le droit de s'inscrire au registre du commerce²⁶. L'avantage d'une inscription réside dans le gage de transparence et la présomption de notoriété qui en découle, notamment en ce qui concerne

²⁵ RS 611.0

²⁶ Une modification en ce sens de l'art. 932 CO est en préparation; cf. www.bj.admin.ch > Economie > Projets législatifs en cours > Modernisation du registre du commerce. Cf. aussi Zihler, SHK-HRegV, art. 106 ss. n^{os} 1 ss, in: Rino Siffert / Nicholas Turin (éd.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Berne 2013.

les personnes autorisées à représenter la personne morale par leur signature individuelle (art. 932 ss du code des obligations²⁷ [CO]). Les tiers auxquels une inscription au registre du commerce est opposable ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ignoraient.

En 2013, les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG ont procédé à la révision de leur identité visuelle de manière à mettre en évidence les caractéristiques de leur activité. Des notions importantes, telles que le professionnalisme, le dynamisme, l'idée de solidarité liée aux assurances sociales, l'attachement au pays et le fédéralisme ont été mises au premier plan. Cette réflexion a donné lieu à la création d'un logo commun et à la dénomination de «compenswiss», qui exprime la mission générale des fonds de compensation et souligne le caractère financier de leurs activités. La marque est protégée depuis le 3 décembre 2013, et les fonds de compensation agissent sous ce nom depuis janvier 2014. Il est prévu d'inscrire l'établissement au registre du commerce sous la dénomination «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» / «compenswiss (Fonds de compensation AVS/AI/APG)» / «compenswiss (Fondi di compensazione AVS/AI/IPG)» / «compenswiss (Fonds da compensaziun AVS/AI/UCG)», ce qui permettra de positionner plus clairement l'établissement en Suisse et à l'étranger.

Art. 2 Tâche

L'établissement est chargé d'administrer les fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG. Il s'agit d'assurer en tout temps les liquidités nécessaires au paiement des prestations de l'AVS, de l'AI et du régime des APG et d'investir la fortune de manière à garantir un rapport optimal entre la sécurité et l'obtention d'un rendement conforme aux conditions du marché. L'établissement ne remplit aucune autre tâche au nom de l'AVS, de l'AI et du régime des APG, et n'est pas responsable des activités des organes d'exécution de ces assurances.

Art. 3 Administration de la fortune

Al. 1: Cette disposition indique que les fonds de compensation constituent des fortunes distinctes même s'ils sont administrés en commun au sein de l'établissement et qu'ils ne sont plus dotés de la personnalité juridique en tant que fonds. Ils perdront en effet leur personnalité juridique au moment déterminé par le Conseil fédéral (cf. art. 19, al. 2). L'établissement sera dès lors le représentant unique des fonds et lui seul sera habilité à conclure les rapports de droit nécessaires à la gestion de la fortune. L'établissement sera ainsi chargé d'administrer en commun la fortune des trois fonds. Cette disposition reprend l'art. 11, al. 1, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation.

Al. 2: Les fonds de compensation présentent chacun une fortune différente en tant qu'instruments de compensation d'assurances distinctes qui suivent des dynamiques distinctes. Ce fait nécessite pour chacun d'eux un profil de placement et de risque propre, indépendamment de leur administration commune. Il appartient au conseil d'administration de fixer les critères dont dépendent les profils de risques.

²⁷ RS 220

Al. 3: Cette disposition définit la participation des fonds de compensation à la fortune placée en commun. Pour chaque fonds de compensation, l'établissement investit plus ou moins fortement dans différents placements en fonction de la structure de placement de chacun d'eux. Même si l'établissement administre en commun les trois fonds de compensation, les parts de chacun aux différents placements varient donc d'un fonds à l'autre.

C'est en fonction de ces parts qu'est réparti le résultat des placements: l'attribution des gains (et des pertes) se fait en proportion de la participation de chaque fonds de compensation au placement considéré.

Al. 4: Cette disposition reprend le contenu de la première phrase de l'art. 108, al. 1, LAVS: le placement des actifs doit rapporter un rendement qui corresponde au profil de placement et de risque de chacun des fonds, tout en présentant la sécurité nécessaire. La sécurité des placements et l'obtention de rendements sont en principe deux objectifs concurrentiels. C'est pourquoi il est question de viser le meilleur rapport possible entre les deux. La définition d'un profil de placement et de risque est précisée dans le projet de loi, mais les investissements sont d'ores et déjà orientés en fonction du profil spécifique de chacun des fonds.

Par rapport à la réglementation en vigueur, la terminologie du projet a été adaptée: les actifs sont *exploités* et non plus *placés*. Cette modification implique que tous les actifs ne peuvent pas faire l'objet d'un placement, par exemple l'immeuble qui abrite l'exploitation de l'établissement ou les liquidités dont les caisses de compensation doivent disposer. Etant donné que l'établissement gèrera aussi ces valeurs patrimoniales, il faut parler plus généralement d'exploitation des actifs.

Al. 5: Cette disposition précise les exigences auxquelles doivent satisfaire les liquidités des fonds de compensation conformément à l'art. 108, al. 1, 2^e phrase, LAVS. Le fait que cette exigence doit être remplie pour chaque fonds de compensation exclut tout financement croisé des liquidités. En allemand, le terme «Liquidität» est substitué à «Barmittel». Il est en outre précisé que les liquidités de chacun des fonds de compensation ont aussi pour fonction de garantir la fourniture des prestations légales.

Al. 6: Cette disposition inscrit expressément dans la loi l'interdiction de tout financement croisé. Un tel financement irait à l'encontre de la volonté de séparer la fortune des trois fonds de compensation. Il est donc exclu qu'un fonds de compensation pourvoie au financement d'un autre. Cet alinéa reprend mot pour mot l'art. 11, al. 3, 3^e phrase, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et des APG.

Art. 4 Actes juridiques

Cet article reconnaît à l'établissement la compétence de conclure des actes juridiques pour exercer la gestion de la fortune. L'établissement peut acquérir ou céder des valeurs et des instruments financiers, y compris des parts de placements collectifs, consentir des prêts et acquérir des immeubles à des fins de placement.

En revanche, l'établissement n'aura pas le droit de créer des placements collectifs ou des sociétés d'investissement. Certes, l'art. 12 de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation prévoit la possibilité de créer une SICAV. Mais l'objectif poursuivi par ce moyen, à savoir afficher une personnalité juridique claire par rapport aux partenaires économiques, sera plus efficacement atteint grâce à la création de l'établissement. Cette solution se justifie aussi du fait qu'il faut éviter toute délégation indésirable des tâches de l'établissement à une société de droit privé et garantir au Conseil fédéral la possibilité d'exercer sa fonction de surveillance et de contrôle.

L'art. 10^{bis} de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation, qui attribue une compétence de représentation aux organes de chacun des fonds de compensation, n'est plus pertinent, étant donné que les trois fonds de compensation ne seront plus dotés eux-mêmes de la personnalité juridique. L'établissement sera le représentant unique des trois fonds, notamment pour les transactions financières.

Art. 5 Responsabilité

L'établissement répond de ses engagements exclusivement sur sa fortune, indépendamment des motifs de leur création. La responsabilité est ainsi limitée à la totalité des actifs des trois fonds de compensation et au capital d'exploitation de l'établissement, si celui-ci en a constitué un.

A l'interne, on procédera comme suit: si l'établissement répond d'un engagement né d'un acte juridique, les trois fonds de compensation sont mis à contribution proportionnellement à leur participation financière à cet acte. Si l'établissement répond d'un engagement né d'une action illicite, le montant est réparti entre les fonds de compensation selon la clé de répartition définie à l'art. 15 pour les frais d'exploitation et d'administration.

Art. 6 Organes

Les organes font partie intégrante de la personnalité juridique de l'établissement et agissent en son nom. Cette disposition énumère les organes de compensation, qui correspondent aux organes habituels des entités autonomes de la Confédération. Le projet contient l'énumération exhaustive des organes de l'établissement, dans le but de leur attribuer clairement des responsabilités et des tâches distinctes. Cela permet d'écartier toute dépendance organique de fait. En comparaison avec le droit de la société anonyme, les dispositions d'organisation attribuent une position spéciale à la direction des établissements de la Confédération, en lui donnant clairement des compétences opérationnelles étendues; les directions d'établissement ont – de droit, et pas uniquement de fait – des compétences organisationnelles clairement définies dans les dispositions d'organisation. Une nette séparation est établie entre activité stratégique et activité opérationnelle afin de permettre au conseil d'administration et à la direction de collaborer selon le principe de l'équilibre fonctionnel entre les différents organes (*checks and balances*).

Art. 7 Conseil d'administration

Al. 1 et 2: Le conseil d'administration est l'organe suprême de l'établissement. Sa composition est aussi restreinte que possible pour favoriser la prise de décisions rapide et assez large et pour qu'il puisse bénéficier de l'expérience et des connaissances de ses membres, acquises dans différents domaines, et répartir entre eux les fonctions de direction et de contrôle. Le conseil d'administration doit être composé de personnes dotées des aptitudes nécessaires pour garantir la prise de décisions dans le cadre d'un échange de vues critique avec la direction. Il demeure composé de onze membres qui représentent équitablement les organisations patronales et syndicales suisses et la Confédération. Les intérêts de celle-ci doivent être défendus adéquatement, vu l'importance de sa participation au financement des fonds de compensation (11,7 milliards pour l'AVS et l'AI en 2014). Il est donc indispensable qu'elle soit représentée au sein du conseil d'administration.

La composition actuelle du conseil d'administration a fait ses preuves et doit être maintenue. Ainsi, les partenaires sociaux continueront à y être représentés de manière paritaire. Comme c'est le cas actuellement, le président et le vice-président ne pourront ni être un représentant d'une association économique, ni être désignés parmi les représentants de la Confédération. Enfin, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et l'Administration fédérale des finances continueront à participer aux séances du conseil d'administration en n'exerçant qu'une fonction de conseil et sans disposer d'un droit de vote.

Al. 3: Dans le régime actuel, le conseil d'administration commun pour les fonds de compensation est nommé par le Conseil fédéral sur proposition de la Commission fédérale de l'AVS/AI (art. 109, al. 1, LAVS). Sous l'angle de la gouvernance d'entreprise, une attention particulière doit être accordée aux aptitudes des membres du conseil d'administration. Ils doivent avoir les compétences nécessaires pour définir une position commune, en toute autonomie et en toute objectivité, dans le cadre d'un échange critique avec l'organe responsable sur le plan opérationnel. Le Conseil fédéral définira un profil d'exigences énumérant les conditions que les membres du conseil d'administration devront remplir à cet égard. Tout en maintenant une représentation équitable des divers groupes d'intérêts, il exercera son droit de nomination sur la base de ce profil d'exigences. Afin de simplifier la procédure de nomination, le projet n'oblige pas le Conseil fédéral à consulter la Commission fédérale de l'AVS/AI.

Al. 4: La durée maximale du mandat des membres du conseil d'administration est de douze ans. Le renouvellement d'un mandat ne constitue pas un droit, et le Conseil fédéral est seul juge pour arrêter sa décision. Pendant la durée de leur mandat, les membres du conseil d'administration peuvent à tout moment être révoqués par le Conseil fédéral pour de justes motifs. On parle de justes motifs lorsqu'il n'est plus raisonnablement possible de maintenir des rapports contractuels de bonne foi du fait qu'un membre ne satisfait plus aux conditions nécessaires à l'exercice de sa charge, qu'il a gravement enfreint ses devoirs ou qu'il n'est pas possible de résoudre un conflit d'intérêts permanent le concernant. Le droit de révocation allant de pair avec le droit de nomination, le projet donne au Conseil fédéral les moyens de mieux exercer sa surveillance sur le conseil d'administration (cf. aussi art. 18, al. 2, let. a). L'accès au juge étant garanti pour les décisions des autorités fédérales en matière de

droit administratif, la révocation est soumise à la possibilité d'un réexamen devant un tribunal. A cet effet, l'art. 33, let. b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)²⁸ doit être complété (cf. ch. 2, commentaire de la LTAF).

Al. 5: La LPers n'est pas applicable au conseil d'administration, à l'exception de l'art. 6a qui s'applique directement (et non par analogie) en vertu de son champ d'application spécial. L'art. 6a, al. 1, let. b, LPers donne la compétence au Conseil fédéral d'édicter les principes applicables aux honoraires (prestations annexes comprises) versés aux membres du conseil d'administration. Le Conseil fédéral a par conséquent édicté l'ordonnance du 19 décembre 2003 sur les salaires des cadres²⁹. L'art. 6a LPers influe en pratique sur les principes que le Conseil fédéral doit observer lorsqu'il définit les honoraires des membres du conseil d'administration et sur le contenu du rapport que le conseil d'administration adresse au Conseil fédéral concernant la rémunération de ses membres.

Al. 6: La relation entre l'établissement et les membres du conseil d'administration revêt la forme d'un mandat de droit public et naît du mandat donné par le Conseil fédéral. Les art. 394 à 406 CO relatifs au mandat s'appliquent par analogie à titre complémentaire.

Al. 7: Les membres du conseil d'administration doivent veiller fidèlement aux intérêts de l'établissement et, partant, des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG. Ils doivent régler leurs affaires personnelles et professionnelles de manière à éviter tout conflit d'intérêts avec celui-ci. L'obligation de fidélité comprend notamment l'obligation de diligence, l'obligation de garder le secret, l'interdiction relative aux délits d'initié et la bonne foi nécessaire à la prévention des conflits d'intérêts.

Al. 8: Les membres du conseil d'administration ont au surplus l'obligation d'annoncer leurs liens d'intérêts au Conseil fédéral avant leur nomination. Ils sont tenus de signaler tout changement intervenant sur ce point au cours de leur mandat. Les liens d'intérêts des membres du conseil d'administration sont rendus publics grâce à leur parution dans le rapport annuel de compensswiss (cf. art. 16, al. 2). D'une part, cela va dans le sens de la motion Gilli (13.4040 «Egalité de traitement concernant la publication des liens d'intérêts»), déposée le 2 décembre 2013 et adoptée par le Conseil national le 21 mars 2014 et par le Conseil des Etats le 9 mars 2015. D'autre part, la transparence ainsi créée contribue à renforcer l'indépendance des membres du conseil d'administration.

Art. 8 Tâches du Conseil d'administration

Al. 1: Les tâches du conseil d'administration sont définies comme suit:

Let. a: Le règlement d'organisation de l'établissement traite de tout ce qui n'est pas réglé expressément par la loi. Adopté formellement par le conseil d'administration et soumis à l'approbation du DFI, il fixe les modalités et règle notamment la procédure au sein du conseil d'administration (par ex. convocation, procédure décisionnelle), le

²⁸ RS 173.32

²⁹ RS 172.220.12

droit des membres d'être informés et de consulter les dossiers, la garantie des possibilités de formation et de perfectionnement nécessaires pour le personnel et l'attribution d'autres tâches à la direction.

Let. b: Le conseil d'administration est chargé d'élaborer le règlement sur les placements. Celui-ci fixe les objectifs en matière de gestion de la fortune et certaines directives découlant de ces objectifs, notamment sur les stratégies de placement, les instruments de placement autorisés, d'éventuelles limites ou restrictions, la surveillance et l'établissement des rapports. Il définit en outre la structure organisationnelle, les tâches et les compétences des organes chargés de la gestion de la fortune.

Une répartition stratégique de la fortune est établie pour chaque fonds en fonction du bilan et des perspectives de développement de l'assurance considérée. Le conseil d'administration revoit chaque année cette stratégie et définit une répartition détaillée par catégories de placement.

Let. c: Les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique appliquent un statut du personnel de droit public entrant dans le cadre légal de la LPers (norme minimale), mais complété par des dispositions d'exécution spécifiques en matière de droit du personnel. En effet, conformément à l'art. 37, al. 3 et 3^{bis}, LPers, l'établissement édictera ses propres dispositions d'exécution dans son ordonnance sur le personnel. L'OPers n'étant pas applicable, l'établissement jouira d'une plus grande marge de manœuvre, notamment en ce qui concerne la structure des salaires des cadres du plus haut niveau hiérarchique. L'ordonnance sur le personnel de l'établissement, qui doit régler au moins les principes concernant la rémunération et les prestations annexes, est toutefois soumise à l'approbation du Conseil fédéral (art. 37, al. 3^{bis}, LPers).

Let. d: Cette disposition précise l'art. 7, al. 4 et 8. Le conseil d'administration est chargé d'établir dans le règlement d'organisation les règles à appliquer en cas de conflit d'intérêts et de prendre les mesures qui s'imposent si un tel conflit survient. Si un lien d'intérêt s'avère incompatible avec la fonction au sein du conseil d'administration et que le membre concerné refuse de régulariser la situation, le conseil d'administration sera tenu de réagir en demandant sa révocation au Conseil fédéral. Cela constitue d'ailleurs un juste motif au sens de l'art. 7, al. 4. Un risque de conflit d'intérêts peut aussi se présenter en lien avec un changement de poste, par exemple lorsqu'une personne exerçant une fonction dirigeante ou une fonction clé au sein de l'établissement passe immédiatement dans le secteur privé³⁰. La crédibilité et la réputation de l'établissement ou de la Confédération peuvent s'en trouver entachées. Il est possible de prévenir ce type de conflit d'intérêts en concluant des conventions spécifiques avec les personnes concernées (qui fixeront par ex. un délai de carence). Il faudra décider, dans le cadre de l'ordonnance sur le personnel, si certains postes au sein de compenswiss doivent être assortis ou non d'un délai de carence contractuel.

³⁰ Cf. décision du Conseil fédéral du 17 décembre 2014 sur la note de discussion relative à l'examen d'une période de carence lors du départ de membres d'organes de direction des unités de l'administration fédérale au sens de l'annexe 1 OLOGA et de membres de commissions extraparlimentaires au sens de l'annexe 2 OLOGA

Si des conflits d'intérêts apparaissent malgré tout, il peut être judicieux qu'un membre du conseil d'administration puisse se récuser uniquement lors de la décision sur un point de l'ordre du jour, tout en participant à la discussion, par exemple pour partager ses connaissances sur le sujet; ce point peut être réglé dans le règlement d'organisation. L'obligation de déclarer tout conflit d'intérêts à laquelle les membres du conseil d'administration et de la direction sont soumis fait impérativement partie intégrante du règlement d'organisation.

Let. e à g: Le conseil d'administration approuve l'effectif du personnel de l'établissement et décide de la conclusion, de la modification et de la résiliation du contrat de travail du directeur et des autres membres de la direction. Il exerce la surveillance sur la direction et veille à l'exécution de ses décisions et instructions.

Let. h: L'établissement compenswiss doit avoir un système de contrôle interne et un système de gestion des risques adaptés à l'établissement et à ses activités. La gestion des risques de l'entreprise doit répondre à des règles et à des normes appropriées, et les dangers éventuels qui menacent l'accomplissement des tâches de l'établissement doivent être définis au préalable, soumis à une surveillance et maîtrisés autant que possible par l'emploi de moyens raisonnables. Il ne faut pas confondre les risques d'entreprise avec le profil de risque afférent à la stratégie de placement des fonds de compensation (art. 3, al. 2). Le système de contrôle interne traite dans ce cadre exclusivement des risques financiers relatifs à la partie opérationnelle de l'établissement. Il procède à leur réexamen périodique et à la vérification de l'efficacité des contrôles intervenant dans les processus d'affaires liés aux flux financiers.

Let. i: La solvabilité des fonds de compensation doit être constamment garantie. Une partie de la fortune des fonds de compensation doit par conséquent rester sous forme de liquidités, de sorte que les caisses de compensation aient les moyens de fournir les prestations légales de l'AVS, de l'AI et du régime des APG, conformément à l'art. 3, al. 5. Le conseil d'administration doit aussi garantir en tout temps la solvabilité de l'établissement en tant qu'entreprise.

Let. j: Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions sur la comptabilité de l'établissement (cf. art. 13, al. 3). Dans ce cadre, le conseil d'administration fixe les principes régissant l'établissement du bilan et l'évaluation. Ces règles doivent figurer en annexe du bilan conformément à l'art. 13, al. 4.

Let. k: Le budget des dépenses d'exploitation et d'administration de l'établissement est établi par la direction (cf. art. 9, al. 2, let. c) et adopté par le conseil d'administration.

Let. l à n: Le conseil d'administration est chargé d'établir le rapport de gestion annuel visé à l'art. 16. Le rapport de gestion est soumis au Conseil fédéral pour approbation avant sa publication par le conseil d'administration. En donnant décharge aux membres du conseil d'administration, le Conseil fédéral reconnaît, à l'instar de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme (art. 698, al. 2, ch. 5, CO), l'absence de réclamations à l'encontre du conseil d'administration pour fautes de gestion commises durant la période concernée. Pour les faits révélés, la décharge donnée est opposable à l'établissement et à la Confédération (règle analogue à l'art. 758 CO). Le conseil d'administration informe également le public des résultats de placements de l'établissement. S'il décide de fournir des renseigne-

ments sur la situation financière générale des fonds de compensation (par ex. sur les résultats de répartition ou sur le niveau des fonds), il doit obtenir l'accord préalable de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), comme c'est déjà le cas.

Let. o: L'établissement étant réputé employeur et affilié à la Caisse de prévoyance de la Confédération (cf. art. 12, al. 2), il est partie au contrat commun d'affiliation.

Al. 2: Le conseil d'administration a la compétence de créer des commissions. Il peut régler les détails liés à ces commissions spécialisées dans le règlement d'organisation. Il peut en outre s'associer les services de spécialistes et instituer des comités d'experts, dont les membres ne sont pas forcément membres du conseil d'administration. Il veille toutefois à ce que ses membres soient convenablement informés. Le règlement d'organisation peut prévoir la possibilité, pour le conseil d'administration, de déléguer non seulement la préparation et l'exécution des affaires, mais aussi les compétences décisionnelles afférentes. L'ensemble du conseil d'administration garde néanmoins la compétence décisionnelle et la responsabilité finales.

Art. 9 Direction

Al. 1: La direction, organe opérationnel de l'établissement, est nommée par le conseil d'administration. La terminologie est uniformisée et l'«office de gestion» devient une «direction». La direction est un organe et assume les fonctions liées à ce statut.

Les membres de la direction doivent disposer des connaissances nécessaires sur le plan technique et sur le plan de l'exploitation pour exercer leur fonction conformément à leurs responsabilités. Leur devoir de fidélité et leur devoir de veiller aux intérêts de la direction sont régis par la LPers (cf. art. 11, al. 1), par l'ordonnance sur le personnel de l'établissement et, le cas échéant, par le contrat de travail.

Al. 2, let. a à g: Sans être exhaustives, les dispositions énumèrent les tâches confiées à la direction. En vertu de la let. g, la compétence subsidiaire générale appartient à la direction. Cette règle vise à éviter les conflits négatifs de compétence entre le conseil d'administration et la direction. En outre, elle clarifie la position de la direction, constituée de membres directement responsables au quotidien de l'accomplissement des tâches devant le conseil d'administration (dont les membres exercent leurs fonctions à titre accessoire).

Al. 3: Le règlement d'organisation fixe les modalités d'exécution des tâches susmentionnées et des autres activités confiées à la direction.

Al. 4: Le directeur dispose d'une voix consultative lors des séances du conseil d'administration.

Art. 10 Organe de révision

Al. 1: En vertu de l'art. 9, al. 1, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation, le Contrôle fédéral des finances est l'organe de révision de l'établissement. Ainsi, les comptes de compenswiss sont révisés par le même organe que ceux de la CdC (dans le cadre du compte d'Etat), ce qui semble judicieux étant donné le lien qui unit ces deux établissements dans la tenue des comptes (art. 14). En

outre, vu sa participation au financement de l'AVS et de l'AI, la Confédération a droit à ce que son organe de contrôle soit responsable de la révision de l'établissement.

L'organe de révision vérifie le compte de la gestion de fortune de l'établissement, lequel comprend le résultat de l'activité de placement ainsi que les frais d'exploitation et d'administration de l'établissement. Ces derniers englobent non seulement les frais d'administration propres à l'établissement, mais aussi ceux découlant des mandats de gestion de fortune attribués à des gérants externes. La révision du Contrôle fédéral des finances porte également sur les comptes annuels de l'AVS, de l'AI et du régime des APG. Compenswiss établit ces comptes en se basant sur les données fournies par la CdC au sujet de l'activité d'assurance (cf. art. 14, al. 2). Cette manière de procéder s'explique principalement par le fait que le bilan de l'établissement varie non seulement en fonction du rendement des placements, mais aussi en fonction des résultats d'exploitation des assurances (cotisations, prestations, parts d'impôt, contribution de la Confédération, etc.) qui influent grandement sur la fortune. Les caisses de compensation et les autres organes d'exécution de l'AVS, de l'AI et du régime des APG continuent pour leur part à soumettre leurs comptes annuels à leurs propres organes de révision.

Organe de révision de l'établissement, le Contrôle fédéral des finances examinera le rapport annuel du conseil d'administration (cf. art. 16, al. 2, concernant le contenu de ce rapport); il s'assurera notamment qu'il existe un système de contrôle interne des processus financiers et un système de gestion des risques, et vérifiera les documents chiffrés relatifs à l'évolution des affaires et des effectifs du personnel. La gestion des risques fait l'objet d'un examen formel. Pour l'essentiel, cet examen porte sur les éléments publiés par le conseil d'administration dans le rapport annuel (notamment sur les règles et les normes utilisées, l'organisation et les différents rapports).

Al. 2: La référence aux dispositions du droit de la société anonyme vise à garantir que la révision satisfait à de hautes exigences. Cette disposition est par principe prévue pour tous les établissements de droit public.

Al. 3: Cet alinéa reprend, en le reformulant, l'art. 9, al. 2, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation. L'organe de révision établit un rapport détaillé des résultats de son contrôle à l'intention du conseil d'administration et du Conseil fédéral (règle analogue à l'art. 728b, al. 1, CO).

Al. 4: Comme l'établissement est amené à collaborer avec de nombreuses banques de dépôt dans l'exercice de son activité de placement, le Contrôle fédéral des finances doit également avoir accès aux rapports de révision de ces banques dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires à la révision. L'établissement veille à ce que les engagements contractuels passés avec les banques de dépôt prévoient la possibilité pour le Contrôle fédéral des finances d'accéder à ces documents.

Art. 11 Rapports de travail

Al. 1: L'établissement est une unité administrative décentralisée. La LPers est applicable si les lois spéciales n'en disposent pas autrement (art. 2, al. 1, let. e, LPers et art. 2, al. 3, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]³¹). Comme l'établissement est de droit public et que sa mission légale lui donne un caractère monopolistique, son droit du personnel doit être soumis au droit public dans le cadre de la LPers. L'art. 11, al. 1, fixe le principe selon lequel les membres de la direction et les autres membres du personnel sont soumis à la LPers.

Al. 2: L'art. 3, al. 2, LPers prévoit cependant que le Conseil fédéral peut déléguer aux unités administratives décentralisées qu'il considère comme employeurs la compétence d'édicter les dispositions d'exécution (art. 37, al. 3 et 3^{bis}, LPers).

Al. 3: L'établissement ayant le statut d'employeur, il a la compétence de réglementer lui-même les rapports de travail, pour autant qu'il respecte les prescriptions de la LPers; concrètement, le conseil d'administration édicte l'ordonnance sur le personnel de l'établissement, qui contient notamment des prescriptions relatives aux rémunérations, aux prestations annexes et aux autres conditions contractuelles. Cette manière de procéder permet de tenir compte des besoins particuliers de l'établissement pour ce qui est de la flexibilité dans la formulation des conditions d'engagement, notamment en ce qui concerne le système de rémunération (cf. ch. 1.2.4). Conformément à l'art. 37, al. 3^{bis}, LPers et au principe directeur n° 30 du rapport complémentaire GE, ces dispositions d'exécution sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral afin que celui-ci puisse exercer sa surveillance.

Art. 12 Prévoyance professionnelle

Le statut de la caisse de pension et celui du personnel doivent être attribués à la même famille juridique, en l'occurrence le droit public. Puisque le personnel de l'établissement est soumis à la LPers (art. 11, al. 1, du projet de loi), il est assuré auprès de PUBLICA, conformément aux art. 32a à 32m LPers.

Art. 13 Comptabilité

Al. 1 et 2: Ces alinéas reprennent les principes essentiels relatifs à la tenue des comptes fixés dans la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)³² (cf. art. 47, 31 et 38 LFC). Les principes garantissant la régularité de la tenue des comptes se réfèrent aussi à l'art. 958c CO, notamment en ce qui concerne la clarté, l'intelligibilité, l'intégralité, la fiabilité, l'importance relative, la prudence, la permanence de la présentation et des méthodes d'évaluation et le principe du produit brut.

Al. 3: Etant donné que les fonds de compensation, et l'établissement compenswiss, sont des constructions uniques s'expliquant en particulier par le mode de financement par répartition des assurances, il n'existe pas de normes standard pour la tenue de la comptabilité. C'est pourquoi le Conseil fédéral doit avoir la possibilité

³¹ RS 172.010

³² RS 611.0

d'édicter des dispositions spécifiques (y compris en ce qui concerne la structure des comptes annuels). Ce faisant, il veille à assurer une certaine unité avec la tenue des comptes de la Confédération.

Al. 4: Les règles applicables à la tenue du bilan et à l'évaluation doivent figurer en annexe du bilan.

Art. 14 Tenue des comptes

Le présent projet ne modifie en rien la répartition historique des tâches entre la CdC, les fonds de compensation et le nouvel établissement. Il a pour principal but de délimiter plus clairement les responsabilités actuelles concernant les comptes annuels. En vertu du projet, tant la CdC que l'établissement sont responsables d'une partie des comptes annuels. Cette répartition des responsabilités est exceptionnelle et ne saurait être comparée à l'organisation des sociétés de droit privé. Elle est étroitement liée à l'organisation décentralisée du système suisse des assurances sociales. L'art. 14 décrit les tâches de l'établissement s'agissant des comptes annuels de l'AVS, de l'AI et du régime des APG.

Al. 1: L'établissement est responsable des comptes de la gestion de fortune. Ceux-ci portent aussi sur les frais de l'exploitation (frais d'exploitation et d'administration) de l'établissement. Conformément à l'art. 3, al. 3, et comme c'est le cas aujourd'hui (art. 11, al. 3, 1^{re} et 2^e phrases, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation), les actifs – et donc les profits et les pertes – sont répartis entre les bilans des trois fonds de compensation en fonction de leur participation respective à chaque placement.

L'expression «placements et liquidités» est remplacée dans le projet par le terme «actifs» afin que toutes les valeurs patrimoniales soient couvertes.

Al. 2: L'établissement élabore un compte agrégé pour l'AVS, l'AI et le régime des APG en incluant les résultats de la gestion de fortune (compte agrégé). L'établissement n'est cependant responsable que du compte de la gestion de fortune en vertu de l'al. 1. Il n'assume aucune responsabilité pour la gestion opérationnelle de l'AVS, de l'AI et du régime des APG, et donc pour les comptes de ces assurances sociales. Les comptes annuels portant sur l'activité d'assurance – qui comprennent entre autres les cotisations, les prestations, les parts d'impôt et la contribution de la Confédération – sont établis par la CdC conformément à l'art. 71, al. 1^{bis}, LAVS du projet. L'établissement agrège les résultats sur la base des comptes fournis par la CdC. Le compte agrégé inclut donc les parts des assurances aux résultats des placements qui sont attribuées mensuellement conformément à l'al. 1.

Art. 15 Frais d'exploitation et d'administration

Le projet prévoit de continuer à répartir entre les trois fonds de compensation non seulement les produits et les participations aux placements, mais aussi les frais d'exploitation et d'administration. Cette règle s'explique par le fait qu'un fonds de compensation qui a une fortune plus importante génère également des frais supérieurs. Ainsi, la répartition se fait proportionnellement à la part de chaque fonds dans la fortune totale. Les frais découlant de mandats de gestion de fortune attribués à des

gérants externes peuvent être imputés en toute clarté au fonds de compensation concerné, et ne doivent pas être répartis entre les fonds selon une clé de répartition.

Art. 16 Rapport de gestion

Al. 1: Le rapport annuel est renommé «rapport de gestion» dans le projet. Le conseil d'administration est responsable de l'établissement de ce rapport (art. 8, al. 1, let. l et m), qui contient le compte annuel révisé de la gestion de fortune et le rapport annuel de l'établissement. Il comprend par ailleurs le compte agrégé des assurances sociales (AVS, AI et régime des APG, y compris le produit des placements), qui relève de la responsabilité de compenswiss pour ce qui est de la gestion de fortune et de la responsabilité de la CdC pour ce qui est de l'activité d'assurance (cf. art. 14).

Al. 2: Les comptes annuels de l'AVS, de l'AI et du régime des APG se composent du bilan et du compte de résultat des trois assurances sociales, ainsi que de l'annexe. Le compte annuel de l'établissement comprend aussi le bilan et le compte de résultat de l'activité de placement, ainsi que l'annexe. Il complète le rapport de gestion par une description détaillée des placements et des indications sur leur état et leur évolution.

Al. 3: Le rapport de gestion se compose en outre du rapport annuel, qui contient notamment des informations sur la gestion des risques, l'évolution de l'effectif du personnel et les liens d'intérêt du conseil d'administration. Il est en outre judicieux d'y faire figurer également le rapport de l'organe de révision.

Al. 4: Le conseil d'administration arrête le rapport de gestion à la fin de l'année civile (cf. art. 14, al. 1, de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation).

Art. 17 Imposition

L'imposition fiscale des organismes d'assurance sociale est régie par l'art. 80, al. 1, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)³³. Le projet de loi sur les fonds de compensation conserve la disposition qui exonère compenswiss des impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux ainsi que des impôts cantonaux et communaux sur les successions et donations; est réservée la perception d'impôts sur la fortune pour ce qui est des immeubles n'ayant aucun rapport nécessaire et direct avec l'activité administrative du fonds de compensation. Le statu quo est ainsi préservé par rapport au droit actuel (art. 110 LAVS). Les art. 110 LAVS, 79a LAI et 28, al. 4, LAPG, qui règlent aujourd'hui l'exonération de l'impôt, seront abrogés à l'entrée en vigueur de la loi sur les fonds de compensation. L'établissement est considéré comme ayant son siège en Suisse au sens des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions.

Art. 18 Surveillance

Al. 1: La surveillance administrative de l'établissement incombe formellement au Conseil fédéral. Il ne s'agit ni d'une surveillance hiérarchique, ni d'une surveillance matérielle assortie du droit de donner des instructions. La surveillance administrative consiste essentiellement à contrôler l'exploitation de l'établissement. La surveillance est régie par la législation spéciale en ce qui concerne l'objet, l'étendue et les principes, et dépend du degré d'autonomie de l'organe considéré (art. 24, al. 3, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA]³⁴). L'absence d'instructions contraignantes relatives à l'accomplissement des tâches pose des limites à la surveillance. Si la surveillance matérielle est foncièrement exclue, la bonne marche de l'établissement dépend notamment du contrôle des résultats et de l'efficacité. Cette surveillance implique un examen à la fois quantitatif et qualitatif de l'exécution des tâches³⁵.

Al. 2: Sans être exhaustif, cet alinéa énumère les principaux instruments dont dispose le Conseil fédéral pour exercer la surveillance. En tant qu'organe de surveillance désigné par la loi (art. 8, al. 4, LOGA), le Conseil fédéral a la tâche de veiller au bon fonctionnement des unités administratives de la Confédération «conformément aux dispositions particulières»; à ce titre, il a le droit de disposer de tous les instruments de surveillance nécessaires pour assumer pleinement cette responsabilité. Le Conseil fédéral peut en particulier refuser la décharge en cas de doute sur le bon exercice des compétences.

Al. 3: L'établissement est tenu de laisser le Conseil fédéral consulter tous ses documents et de l'informer sur ses activités. Dans l'exercice de sa fonction de surveillance administrative, le Conseil fédéral peut demander des informations écrites ou des rapports à l'établissement, plus particulièrement au conseil d'administration, pour autant que cela soit nécessaire à l'accomplissement de cette tâche.

Al. 4: Le DFI peut demander à l'organe de révision d'établir des rapports, et consulter les rapports existants.

Al. 5: Cette disposition règle les relations entre l'établissement et le Conseil fédéral, qui ont lieu par l'entremise du DFI.

Art. 19 Institution de l'établissement

Cet article règle l'institution de l'établissement et contient toute une série de règles et de dispositions portant sur le transfert des trois fonds de compensation dans le nouvel établissement de droit public. Cette transformation ne donnera lieu à aucun transfert de valeurs patrimoniales. Elle engendre la création d'une nouvelle entité juridique, qui remplacera de par la loi les organes actuels (conseil d'administration des fonds de compensation et office de gestion). Il n'y a donc aucun transfert de patrimoine au sens de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion³⁶. Le transfert des fonds de compensation aura lieu à la date fixée par le Conseil fédéral. L'approbation des

³⁴ RS 172.010.1

³⁵ Thomas Sägerser, Stämpflis Handkommentar zum RVOG, Berne 2007, p. 159, ch. 48 ss.

³⁶ RS 221.301

derniers comptes et du dernier rapport de gestion adoptés avant le transfert sera régie par le droit actuel.

Al. 1: A la suite du transfert dans le nouvel établissement, le Fonds de compensation de l'AVS, le Fonds de compensation de l'AI et le Fonds de compensation du régime des APG perdront leur personnalité juridique respective, mais resteront des masses patrimoniales indépendantes. En même temps, l'établissement acquerra la personnalité juridique et se subrogera à eux. Tous les rapports qui, en raison du transfert, nécessiteront des adaptations pourront être révisés, pour autant que cela se fasse dans le respect du principe de la continuité (sur le plan matériel). Une modification (formelle) sera possible si elle s'avère utile et nécessaire pour clarifier les rapports de droit – notamment à la suite d'un changement de dénomination ou de partenaires contractuels –, ou si l'institution de l'établissement et le transfert de la fortune le requièrent.

Al. 2: Le Conseil fédéral fixe la date du transfert. Même après le transfert, les trois fonds de compensation resteront indépendants l'un de l'autre du point de vue comptable. C'est pourquoi l'affectation actuelle des actifs et des passifs restera inchangée dans le bilan de chacun d'entre eux. Un bilan de transfert (établi en fonction des derniers comptes annuels des trois fonds, avec indication des éventuelles réévaluations et autres écarts avec le compte annuel) servira de base à l'élaboration du bilan d'ouverture de l'établissement. Les valeurs patrimoniales devront figurer clairement dans le bilan de transfert ou dans un inventaire *ad hoc*. Les biens-fonds, les papiers-valeurs et autres valeurs seront indiqués un par un. Les valeurs patrimoniales devront être clairement identifiables. Le bilan de transfert sera soumis à l'approbation du Conseil fédéral. L'approbation du bilan de transfert par le Conseil fédéral vaudra également comme acte exécutoire pour les inscriptions dans les différents registres.

Dans le cas où d'autres dispositions impossibles à prévoir s'avéreraient nécessaires pour mener à bien le transfert, le Conseil fédéral serait autorisé à prendre toute autre décision qui s'impose.

Al. 3: Cette disposition règle l'exonération de tout impôt et de tout émolument découlant du transfert des droits et des obligations ainsi que des inscriptions dans les registres publics.

Al. 4: Comme le transfert est réglé par une loi spéciale (cf. aussi dispositions spéciales relatives au transfert des rapports de travail fixées à l'art. 20), la loi sur la fusion n'est pas directement applicable. Sur le plan matériel toutefois, il faut se référer autant que possible aux dispositions de cette loi.

Art. 20 Transfert des rapports de travail

Les rapports de travail du personnel se poursuivront aux conditions définies par la nouvelle loi à compter du jour où elle entrera en vigueur. L'établissement compensé obtenant le statut d'employeur au regard du droit du personnel, le conseil d'administration devra adopter une ordonnance sur le personnel relative aux conditions de rémunération, aux prestations annexes et aux autres conditions contractuelles applicables au personnel de l'établissement.

Al. 1: Le Conseil fédéral fixe la date du transfert.

Al. 2: Les contrats de travail du personnel en place doivent être remplacés par de nouveaux contrats dans un délai raisonnable. En principe, ce délai ne doit pas dépasser deux mois. Au surplus, les nouveaux contrats ne prévoient pas de période d'essai.

Al. 3: De par la loi, le droit au salaire antérieur subsiste durant un an à condition que les rapports de travail soient maintenus. Par contre, après le transfert des rapports de travail, le personnel ne pourra faire valoir aucun droit au maintien d'une fonction, d'un domaine de travail, du lieu de travail ni au maintien dans une unité d'organisation particulière. Ces dispositions permettront à l'établissement d'adapter plus facilement ses structures aux nouvelles conditions légales.

Al. 4: Après le transfert, les rapports de travail seront soumis aux prescriptions sur le personnel de l'établissement, mais les recours du personnel en cours au moment du transfert seront jugés sur la base du droit actuel.

Art. 21 Employeur compétent

Conformément à l'art. 12 du projet de loi sur les fonds de compensation, l'établissement est réputé employeur au regard du droit du personnel (art. 32*b*, al. 2, LPers). Sur le modèle de l'art. 32*f*, al. 1, LPers, la présente disposition prévoit que l'établissement reprend aussi les obligations liées aux bénéficiaires de rentes de vieillesse, d'invalidité et de survivants relevant de l'ancien employeur. Ces bénéficiaires de rente resteront ainsi affiliés à la Caisse de prévoyance de la Confédération, tout comme le personnel actif du nouvel employeur. Il en va de même pour les assurés qui se verraient attribuer une rente d'invalidité après l'entrée en vigueur du présent projet de loi.

Art. 22 Dette du Fonds de compensation de l'AI envers le Fonds de compensation de l'AVS

Al. 1: La part des avoirs du Fonds de compensation de l'AI en liquidités et en placements qui excède, en fin d'exercice, le seuil de 50 % des dépenses annuelles doit être utilisée pour réduire la dette de l'AI envers l'AVS. Cette disposition appliquera ce mécanisme, repris du 2^e volet de la 6^e révision de l'AI, en lieu et place des dispositions actuelles de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité³⁷, qui sera abrogée. Exprimé en pourcentage des dépenses annuelles, ce seuil tient compte de la situation financière de l'AI: lorsque ses dépenses diminuent, l'AI peut affecter de plus grands montants à l'apurement de sa dette, tandis que lorsque ses dépenses augmentent, elle effectue des remboursements moins importants. La présente disposition prend en considération l'art. 79, al. 3, LAI, selon lequel les avoirs du Fonds de compensation de l'AI en liquidités et en placements ne doivent pas être inférieurs à 50 % des dépenses annuelles.

Al. 2: En vertu de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité, la Confédération supporte la charge annuelle des intérêts de la dette de l'AI envers l'AVS jusqu'au terme de la période de relèvement temporaire de la

³⁷ RS 831.27

TVA, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2017. Si la loi sur les fonds de compensation entre en vigueur avant le 1^{er} janvier 2018, elle devra reprendre cette disposition.

Al. 3: Les modalités de remboursement de la dette fixées dans la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité sont limitées au 31 décembre 2017. Passé ce délai, c'est le conseil d'administration qui fixera le taux d'intérêt, comme c'était déjà le cas avant la période de financement additionnel. Le projet de loi se contente de préciser que le taux d'intérêt doit être conforme aux conditions du marché, afin de donner un ordre de grandeur objectif pour fixer le niveau du taux. Si la loi sur les fonds de compensation entre en vigueur avant le 1^{er} janvier 2018, il faut préciser que cette disposition ne sera applicable qu'à compter du 1^{er} janvier 2018.

Loi fédérale sur l'assainissement de l'assurance-invalidité

L'entrée en vigueur de la loi sur les fonds de compensation entraînerait l'abrogation de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité. Le Fonds de compensation de l'AI a été constitué le 1^{er} janvier 2011. Le remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS n'est réglé que pour la période de financement additionnel; c'est pourquoi sa réglementation figure dans le présent projet. Si la loi sur les fonds de compensation entre en vigueur avant le 1^{er} janvier 2018, elle devra aussi régler la prise en charge des intérêts de la dette par la Confédération jusqu'au 31 décembre 2017.

Loi fédérale sur les marchés publics

Art. 2, al. 1, let. h

Les acquisitions de l'établissement qui ne sont pas liées à ses activités de gestion de fortune seront soumises à la LMP et à l'OMP. A l'art. 2, al. 1, LMP, qui énumère les entités administratives devenues autonomes sur le plan organisationnel, la liste des adjudicateurs soumis à la LMP est complétée par l'établissement compenswiss (let. h), sauf pour ce qui concerne l'administration de la fortune. Pour garantir une gestion efficace et économique de la fortune des fonds de compensation, l'établissement doit en effet pouvoir continuer de confier des mandats de gestion à des mandataires externes, sans être assujéti à la LMP en la matière. Cette exception s'applique aussi aux placements directs dans des biens immobiliers. En l'absence d'une telle exception, l'établissement serait tenu de respecter les longs délais applicables aux appels d'offres régis par l'accord OMC sur les marchés publics, ce qui limiterait considérablement la capacité de son conseil d'administration de saisir les opportunités se présentant sur le marché des placements. Par ailleurs, les critères d'adjudication prévus par le droit des marchés publics ne sont pas applicables aux mandats de gestion de la fortune parce que la législation sur les marchés publics exclut les examens de diligence raisonnable. Toutefois, les règles internes de l'établissement, fixées par le conseil d'administration, exigent de tels examens pour l'agrément des gérants de fortune; la diligence raisonnable constitue à ce titre un critère de décision

essentiel. Etant donné que les mandats de l'établissement peuvent porter sur des montants très importants, il reste indispensable de maintenir la plus grande vigilance dans ce domaine.

Loi sur le personnel de la Confédération

Art. 27 Administration du personnel

L'employeur traite des données relatives au personnel afin de pouvoir remplir son devoir d'assistance à l'égard de ses employés et d'assumer ses obligations liées à la mise en œuvre du droit des assurances sociales. Le traitement des données a également pour objectif de réduire les frais de personnel, le taux de fluctuation et le nombre d'absences, en vue d'accroître la productivité du travail et les performances du personnel. Les employés peuvent avoir connaissance du traitement des données les concernant, par le biais des décomptes de salaires par exemple, ce qui n'est pas le cas dans d'autres domaines d'activité.

La modification proposée serait applicable au traitement des données du personnel de tous les employeurs soumis à la LPers. L'art. 27a LPers sert uniquement de base légale au DFF pour exploiter au nom de l'administration fédérale un système d'information concernant le personnel. Les autres employeurs soumis à la LPers qui ne traitent pas les données de leur personnel au moyen du système de gestion de l'administration fédérale doivent prévoir une base légale à cet effet dans leurs propres dispositions relatives à l'organisation (à l'image de l'art. 36a de la loi du 4.10.1991 sur les EPF³⁸). Une autre possibilité consiste à inscrire dans l'acte juridique une disposition applicable à l'ensemble des processus liés au personnel, du recrutement jusqu'au départ du collaborateur. La solution choisie en l'espèce consiste à modifier l'art. 27 LPers afin qu'il ne soit plus nécessaire d'édicter une base légale particulière dans les dispositions régissant les diverses organisations. Cela devrait considérablement simplifier la procédure législative.

Al. 1, let. a: L'évaluation et la planification des effectifs nécessaires consistent à déterminer les ressources humaines dont l'employeur a besoin, en termes quantitatifs, qualitatifs et temporels, pour remplir ses tâches.

La planification des besoins en personnel est un élément de la planification commerciale qui prend en considération, d'une part, la stratégie et le développement de l'établissement, et, d'autre part, l'évolution démographique et les changements attendus au sein du personnel (structure d'âge, mobilité, etc.).

Let. b: Le recrutement du personnel a pour but de garantir les effectifs nécessaires en collaborateurs internes et externes. Le recrutement interne présente l'avantage de favoriser la mise en œuvre des plans de carrière et de maintenir le savoir-faire dans l'établissement. Le recrutement externe permet, quant à lui, d'acquérir les compétences qui n'existent pas en interne.

³⁸ RS 414.110

Let. c: L'administration du personnel – ou la gestion des données relatives au personnel – englobe tous les processus liés au personnel, de l'analyse des besoins à la gestion des salaires et des rémunérations, en passant par l'établissement des dossiers du personnel, la gestion des communications adressées aux assurances sociales et les formalités ayant trait au départ des collaborateurs. La gestion des données relatives au personnel met en lien les données personnelles et les informations concernant le poste de travail, pour fournir une base de contrôle du personnel.

Let. d: La direction du personnel comprend l'affectation judicieuse des collaborateurs ainsi que leur encouragement et leur fidélisation. Elle repose sur l'acceptation mutuelle des supérieurs hiérarchiques et des employés et sur une culture d'entreprise encourageant le dialogue et le feed-back. La direction du personnel vise aussi à mettre en œuvre la diversité et, partant, l'égalité des chances et le plurilinguisme.

Let. e: Le développement du personnel comprend toutes les mesures visant à maintenir et à augmenter le niveau de qualification du personnel. En font partie la formation, le perfectionnement, la reconversion professionnelle, l'entraînement, la supervision et le coaching. Le développement du personnel sert à promouvoir les compétences techniques et sociales, l'aptitude à diriger ainsi que les qualifications essentielles.

Let. f: Le contrôle du personnel comprend la planification, le pilotage et le suivi des processus liés au personnel (au moyen d'analyses des données de comparaisons, de rapports et de plans de mesures). Il crée ainsi les bases nécessaires à la réduction des frais de personnel, du taux de fluctuation et des absences, et contribue à augmenter la productivité du travail et à améliorer les performances. En outre, il fournit des chiffres clés relatifs à la composition du personnel de la Confédération (par ex. effectifs, proportion d'hommes et de femmes, distribution linguistique), ainsi qu'à la réalisation des objectifs de la politique du personnel et, le cas échéant, aux dispositions à prendre.

Al. 2: Les données nécessaires à l'exécution des tâches mentionnées à l'al. 1 sont réparties en différentes catégories. Ces catégories étant relativement abstraites, les employeurs les définissent de façon plus précise dans leurs dispositions d'exécution. S'agissant de l'administration du personnel, ce niveau d'abstraction est justifié, car le but des données et leur traitement sont reconnaissables pour les personnes concernées.

Let. a: Les données relatives à la personne comprennent des informations tirées du dossier de candidature et des renseignements sur les parents et la famille, sur l'appartenance éventuelle à une organisation syndicale (sous réserve de l'assentiment de l'employé), sur l'exercice d'un mandat public ou d'une activité accessoire, et d'autres indications de ce type.

Let. b: Font notamment partie des données relatives à l'état de santé les certificats médicaux, les périodes d'absence dues à une maladie ou à un accident, les rapports du service médical, des résultats d'examens d'aptitude et des données du *case management*.

Let. c: Les données requises dans le cadre de la collaboration à la mise en œuvre des assurances sociales portent notamment sur les conventions d'objectifs, l'évaluation des prestations, les compétences sociales et techniques, les résultats des tests de

personnalité ou de l'appréciation du potentiel, et les documents concernant les formations et les perfectionnements suivis.

Let. d: Les employeurs sont tenus de participer à la mise en œuvre des assurances sociales. A ce titre, ils soumettent les comptes relatifs aux cotisations dues et perçues aux caisses de compensation et leur transmettent les données requises pour la gestion des comptes individuels des collaborateurs. Font partie des assurances sociales l'AVS, l'AI, le régime des APG, l'assurance-chômage, la SUVA et l'assurance-accidents, les allocations familiales, PUBLICA et l'assurance militaire.

Let. e: Les actes et les procédures compris dans cette catégorie de données sont principalement les actes relatifs à des litiges portant sur les rapports de travail, les saisies de salaire, les décisions du service spécialisé chargé des contrôles de sécurité relatifs aux personnes, les extraits de décisions judiciaires pour déterminer le droit aux allocations familiales, les actes de procédure et de décisions d'enquêtes disciplinaires, ou les rapports sur le processus d'élimination des divergences lié à l'évaluation des prestations.

Al. 3: L'art. 7 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)³⁹ et l'art. 20 de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD)⁴⁰ obligent les employeurs à prendre des mesures organisationnelles et techniques propres à protéger les données relatives à leurs employés.

Al. 4: Les données personnelles peuvent être transmises à des tiers s'il existe une base légale ou si la personne à laquelle ces données se rapportent a donné son consentement. Ainsi, la transmission de données aux assurances sociales est régie par les dispositions du droit des assurances sociales.

Al. 5: Cette disposition impose aux employeurs d'édicter des dispositions d'exécution pour compléter et préciser les dispositions des al. 1 à 4.

Let. a: L'employeur est tenu d'expliquer au personnel de manière transparente l'architecture, l'organisation et l'exploitation du système d'information, conformément à l'art. 27, al. 1, LPers. S'il existe plus d'un système d'information, leurs liens internes ou leurs interfaces externes doivent faire l'objet d'une présentation.

Let. d: Les catégories de données relativement abstraites visées à l'al. 2 sont définies de manière plus détaillée dans des dispositions d'exécution. Les données peuvent être précisées dans une annexe, comme c'est le cas, par exemple, à l'annexe 1 de l'ordonnance du 26 octobre 2011 concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC)⁴¹.

Al. 6: L'employeur peut réglementer la communication de données non sensibles à des tiers à condition qu'il mentionne aussi la finalité de cette communication. Les données sensibles, quant à elles, ne peuvent pas être consultées en ligne. La procédure de consultation en ligne est admise pour les données non sensibles, à condition d'être expressément prévue dans les dispositions d'exécution.

³⁹ RS 235.1

⁴⁰ RS 235.11

⁴¹ RS 172.220.111.4

Art. 27a à 27c

Le nouvel art. 27 LPers entraîne l'abrogation des art. 27a à 27c.

Art. 32d, al. 1, 3^e phrase, 2, 2^e et 3^e phrases, et 2^{bis}

L'établissement est réputé employeur sur le plan du droit du personnel (art. 32b, al. 2, LPers). Selon le droit en vigueur, il doit constituer sa propre caisse de prévoyance pour ses employés et les bénéficiaires de rente relevant de la prévoyance souscrite (art. 32d, al. 1, LPers). Cependant, cela n'est pas judicieux vu la taille modeste de l'établissement. Cette problématique n'est pas nouvelle et continuera de se poser. Elle appelle plusieurs remarques.

Si des unités administratives décentralisées sont concernées, PUBLICA ne peut imposer la création d'une caisse de prévoyance commune qu'avec l'accord du Conseil fédéral (art. 32d, al. 1, 2^e phrase, LPers). En vertu du droit actuel, cependant, le Conseil fédéral, contrairement à PUBLICA (art. 7, al. 2, et 11, al. 2, let. g, de la loi du 20 décembre 2006 relative à PUBLICA (LPUBLICA)⁴²), ne peut pas ordonner lui-même la création d'une institution commune. Aussi une adaptation de l'art. 32d LPers est-elle indispensable pour que le Conseil fédéral ait à l'avenir la possibilité de prévenir la création de très petites caisses de prévoyance. Les compléments que le projet prévoit d'apporter à l'art. 32d, al. 1 et 2, LPers visent à régler deux points. L'al. 2^{bis} définit les critères à prendre en considération dans l'application des al. 1 et 2.

Le rapport GE contient une typologie des tâches qu'il faut externaliser. Il fait une distinction entre les tâches ministérielles, les prestations à caractère monopolistique, les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité et les prestations fournies sur le marché. Le rapport complémentaire GE demande notamment que les entités devenues autonomes qui accomplissent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou fournissent des prestations à caractère monopolistique engagent leur personnel selon le droit public et prévoient un statut de caisse de pension de droit public avec affiliation à PUBLICA. En revanche, les entités devenues autonomes qui fournissent des prestations sur le marché engagent leur personnel dans le cadre d'un statut de droit privé qui s'applique également à la caisse de pension. Cette typologie a pour conséquence qu'en raison de la législation actuelle, de petites caisses de pension ont été créées à la suite de l'externalisation de certaines unités administratives (art. 32b, al. 2, en relation avec l'art. 32d, al. 1, LPers). Or, il est apparu, depuis 2008 que ces caisses ne pouvaient pas réagir avec autant de flexibilité que les grandes caisses de pension lorsque des modifications de technique actuarielle (notamment une adaptation des bases techniques) étaient nécessaires, par exemple pour maintenir le niveau des prestations. En outre, les petites caisses de pension ont de la peine, en raison de leur petite taille, à respecter la fourchette prévue à l'art. 32g LPers pour les cotisations patronales, et leur capacité à prendre des risques dans le placement de leurs fonds est plus faible. Leur marge de manœuvre en matière de politique du personnel et de prévoyance est par conséquent limitée, ce qui peut en fin de compte compromettre la cohérence de la politique de prévoyance que le

⁴² RS 172.220.1

Conseil fédéral a fixée pour les unités administratives décentralisées (cf. message du 23 septembre 2005 concernant la Caisse fédérale de pensions⁴³). Les petites caisses de pension présentent également des frais d'administration plus élevés.

L'une des caractéristiques des caisses communes et des institutions collectives est de ne pas admettre chaque employeur dans leur organe paritaire. Ainsi, des employeurs de la Caisse de prévoyance de la Confédération tels que la Régie fédérale des alcools, le Tribunal fédéral ou le Ministère public de la Confédération n'ont aucun représentant au sein de l'organe paritaire, ni du côté de l'employeur ni du côté des salariés. Il y aurait lieu de régler la question de la représentation des différents employeurs de la Caisse de prévoyance de la Confédération, notamment de ceux qui ont des compétences en matière du droit du personnel, en modifiant éventuellement l'ordonnance du 2 mai 2007 sur l'organe paritaire de la caisse de prévoyance de la Confédération (OOPC)⁴⁴. L'art. 65*d*, al. 3, let. a, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁴⁵ prévoit que, s'agissant de la partie obligatoire de la prévoyance, les caisses de pension peuvent exiger le prélèvement de cotisations destinées à résorber un découvert. L'art. 34, al. 3, du règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC)⁴⁶ dispose qu'une contribution d'assainissement ne peut être perçue qu'avec le consentement de l'employeur si elle sert au financement des prestations surobligatoires. S'il refuse une contribution, cet employeur doit toutefois contribuer à l'assainissement de la caisse d'une autre manière. L'organe paritaire peut par exemple adapter le plan de prévoyance de cet employeur.

Al. 1: Aux termes de l'art. 32*b*, al. 2, LPers, les unités administratives de l'administration fédérale décentralisée sont considérées comme employeur pour leur personnel. L'art. 32*d*, al. 1, LPers dispose par ailleurs que tout employeur constitue une caisse de prévoyance pour ses employés et les bénéficiaires de rente relevant de la prévoyance souscrite. L'art. 32*b*, al. 2, en relation avec l'art. 32*d*, al. 1, LPers, prévoit donc que tout employeur a sa propre caisse de prévoyance. La troisième phrase que le projet propose d'ajouter à l'art. 32*d*, al. 1, LPers s'inscrit dans cette logique et parle d'un «regroupement d'employeurs». Le rapport complémentaire GE conclut en effet, au principe directeur n° 34, qu'il faut prévoir un statut de caisse de pension de droit public pour les entités administratives devenues autonomes dont le personnel a un statut de droit public. Ce principe n'utilise pas la notion de «propre caisse de pension». Les modifications apportées à l'art. 32*d* ne remettent donc pas en question le principe légal selon lequel les unités devenues autonomes doivent constituer leur propre caisse de pension (art. 32*b*, al. 2, en relation avec l'art. 32*d*, al. 1, LPers), mais elles l'assouplissent.

En vertu de la troisième phrase de l'al. 1, le Conseil fédéral peut faire en sorte que plusieurs employeurs devenus juridiquement autonomes et dotés de compétences en matière de droit du personnel se regroupent dans une caisse de prévoyance com-

⁴³ FF 2005 5457

⁴⁴ RS 172.220.141

⁴⁵ RS 831.40

⁴⁶ RS 172.220.141.1

mune. Cette compétence n'appartient actuellement qu'à la Commission de la caisse (art. 7 LPUBLICA).

Une caisse de prévoyance commune peut proposer plusieurs plans de prévoyance (par ex. plans pour cadres, plan standard). Il n'est donc pas indispensable que tous les employés assurés par l'institution commune aient le même plan de prévoyance.

Al. 2: Selon le droit en vigueur, les unités administratives décentralisées dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre, mais sans dérogation prévue dans une loi spéciale et sans compétences d'employeur au sens des art. 3, al. 2, et 37, al. 3, LPers, forment une caisse de prévoyance commune avec la Confédération. En revanche, les entités administratives devenues autonomes et dotées de compétences d'employeur ne peuvent pas, en vertu du droit, rester affiliées à l'institution de prévoyance de la Confédération ni s'y affilier. La 2^e phrase de l'al. 2 prévoit que l'institution de prévoyance commune de la Confédération peut inclure des employeurs dotés de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre qui disposent, en vertu d'une loi spéciale (acte juridique concernant l'organisation), d'un statut d'employeur ou de compétences d'employeur conformément aux art. 3, al. 2, et 37, al. 3 et 3^{bis}, LPers. En vertu de cette nouvelle disposition, le Conseil fédéral décidera d'affilier l'établissement à la Caisse de prévoyance de la Confédération.

Al. 2^{bis}: La disposition n'énumère pas de manière exhaustive les caractéristiques entrant en ligne de compte pour un regroupement ou une affiliation à la Caisse de prévoyance de la Confédération.

Un regroupement peut notamment être intéressant dans l'optique de la prévoyance s'il permet de créer une institution de prévoyance commune avec une meilleure capacité de risque. Outre la taille de l'unité administrative décentralisée, son lien plus ou moins étroit ou sa proximité avec les tâches «ministérielles» de surveillance de l'économie ou de surveillance de la sécurité entre également en considération, de même que le caractère monopolistique de ses prestations.

Loi sur le Tribunal administratif fédéral

Art. 33, let. b, ch. 7

Grâce à cette disposition, il est possible de faire recours contre la révocation d'un membre du conseil d'administration de l'établissement prononcée par le Conseil fédéral. Cela permet de garantir la voie de droit.

Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants

Art. 71, al. 1^{bis}

Le projet propose de définir plus clairement dans la LAVS les activités de la CdC en matière de tenue des comptes. La répartition des tâches entre la CdC et l'établissement reste inchangée dans les faits. La CdC agrège les données des caisses de compensation et des offices AI. Elle tient des comptes séparés pour l'AVS, l'AI et le

régime des APG. A la fin de chaque mois et de chaque année, elle établit un compte séparé pour chacune des trois assurances sociales en prenant en considération les résultats des placements (conformément à l'art. 14, al. 1, du projet de loi sur les fonds de compensation). Ces chiffres sont à la base du compte agrégé. Le bilan et le compte de résultat des caisses de compensation et des offices AI continueront d'être révisés par les organes de révision de ces caisses et offices.

Art. 107, al. 1

Vu l'institution d'un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et d'organes propres, le Fonds de compensation de l'AVS perd la personnalité juridique. Le terme «indépendant», qui permettait de faire du Fonds de compensation de l'AVS un fonds autonome, est par conséquent supprimé.

Art. 108

Cette disposition, qui règle la tenue des comptes et des placements, est intégrée dans la loi sur les fonds de compensation; elle peut donc être abrogée.

Art. 109

Cette nouvelle disposition indique que l'administration du Fonds de compensation de l'AVS est réglée dans la loi sur les fonds de compensation.

Art. 110

L'exonération de l'impôt est réglée dans la loi sur les fonds de compensation. L'art. 110 est donc abrogé.

Loi fédérale sur l'assurance-invalidité

Art. 77, al. 1, let. c

Comme la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité peut être abrogée, le renvoi fixé dans cette disposition est corrigé en conséquence.

Art. 79 Formation

Al. 1: L'art. 1, al. 1, de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur l'assainissement de l'assurance-invalidité est repris à l'art. 79, al. 1, LAI. Vu l'institution d'un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et d'organes propres, le Fonds de compensation de l'AI perd la personnalité juridique.

Al. 2: Cet alinéa correspond à l'actuel al. 3.

Art. 79a Administration

Le nouvel art. 79a indique que l'administration du Fonds de compensation de l'AI est réglée dans la loi sur les fonds de compensation.

Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain

Art. 28 Fonds de compensation du régime des allocations pour perte de gain

Al. 1: Vu l'institution d'un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et d'organes propres, le Fonds de compensation du régime des APG perd la personnalité juridique. Le terme «indépendant» est par conséquent supprimé.

Al. 2: Cet alinéa correspond à l'actuel al. 3.

Al. 3: Cette disposition indique que l'administration du Fonds de compensation du régime des APG est réglée dans la loi sur les fonds de compensation.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour les fonds de compensation et pour les assurances sociales

Le projet de loi sur les fonds de compensation n'a aucune conséquence directe pour les fonds de compensation. Bien qu'ils perdent la personnalité juridique, ils continueront à être administrés par le conseil d'administration et la direction (qui deviennent des organes de l'établissement).

Les indemnités versées au conseil d'administration et au personnel pourront être fixées de manière plus flexible, ce qui se répercutera sur les frais de personnel de l'établissement. Pour recruter le personnel qualifié dont il a besoin, l'établissement doit être attractif comme employeur. De manière générale, il faut donc s'attendre à une légère augmentation des indemnités, même s'il est impossible d'indiquer à l'avance l'ordre de grandeur des frais supplémentaires que cela représentera. En contrepartie, le recrutement de personnel hautement qualifié et l'accélération du processus de recrutement apporteront vraisemblablement des améliorations, pour l'heure impossibles à chiffrer. En revanche, la création du nouvel établissement ne devrait pas nécessiter le recrutement de personnel supplémentaire.

Les fonds de compensation n'ont actuellement pas de forme juridique claire reconnue au niveau international, ce qui tend à renchérir passablement l'activité de gestion de fortune: pour les partenaires financiers impliqués dans les opérations de placement, les fonds de compensation ont une structure peu transparente et représentent donc un risque plutôt élevé. Ce risque accru se répercute sur le coût des opérations. Un établissement doté de la personnalité juridique représentant les trois fonds de compensation ne sera plus soumis à ces frais indirects, qui sont de l'ordre de 1,5 à 2,5 millions de francs par année selon une estimation effectuée par le conseil d'administration en 2012 dans le cadre de la modification de l'ordonnance concernant l'administration des fonds de compensation.

Des économies supplémentaires pourront être réalisées grâce à l'allègement organisationnel prévu pour les opérations de placement. La structure actuelle, dans laquelle la gestion des comptes est assurée par une banque dépositaire (*managed accounts*), engendre chaque année des frais directs de l'ordre de 1,5 à 2 millions de francs (estimation 2012); ces frais pourront être supprimés, ou du moins réduits, avec l'institution de l'établissement.

Ces conséquences financières se répercuteront directement sur le résultat des placements de l'établissement, et par conséquent sur les parts respectives de l'AVS, de l'AI et du régime des APG à la fortune. Etant donné qu'il n'est pas possible d'évaluer l'effet global des modifications susmentionnées, les conséquences sur la fortune des trois assurances ne sont pas connues non plus. Comme cela est indiqué plus haut, on peut partir de l'idée que les frais de la gestion de fortune diminueront; la charge financière pesant sur la fortune des fonds de compensation et des assurances sociales devrait donc elle aussi baisser.

Quoi qu'il en soit, il faut prévoir une nouvelle réglementation pour le remboursement de la dette de l'AI envers l'AVS à compter du 1^{er} janvier 2018, car le financement additionnel s'achèvera de toute façon fin 2017. La Confédération cessera donc de prendre en charge les intérêts de la dette, que la loi sur les fonds de compensation soit adoptée ou non.

3.2 Conséquences pour la Confédération

L'institution de l'établissement n'a pas de conséquences financières ni de conséquences sur l'état du personnel pour la Confédération.

3.3 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet n'a pas de conséquence directe, financière ou de quelque autre nature pour les cantons.

3.4 Conséquences économiques

Le projet n'a pas de conséquences économiques.

3.5 Conséquences sociales

Le projet n'a pas de conséquences sociales.

3.6 Conséquences environnementales

Le projet n'a pas de conséquences environnementales.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁴⁷ ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁴⁸. La loi sur les fonds de compensation figure en revanche dans les objectifs du Conseil fédéral 2015, volumes I et II⁴⁹.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le projet s'appuie sur les normes constitutionnelles qui régissent la compétence de la Confédération pour légiférer dans le domaine des assurances sociales (art. 112, al. 1, Cst. pour l'AVS/AI; art. 116, al. 3 et 4, Cst. pour l'assurance-maternité; art. 59, al. 4, Cst. pour le régime des allocations pour perte de gain en cas de service; art. 61, al. 4, Cst. pour la protection civile).

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le droit international applicable à la Suisse ne contient pas de normes relatives à l'objet du présent projet de loi.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Aux termes de l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le présent projet respecte cette règle.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses au sens de l'art. 159, al. 3, let. b, Cst. car il ne contient pas de dispositions relatives aux subventions et ne fonde ni crédit d'engagement ni plafond de dépenses.

⁴⁷ FF 2012 349

⁴⁸ FF 2012 6667

⁴⁹ Disponible sur www.bk.admin.ch > Documentation > Publications > Les Objectifs

5.5 Délégation de compétences législatives

En vertu des art. 1, al. 4, 7, al. 3, 13, al. 3, et 19, al. 2, le Conseil fédéral peut édicter des dispositions réglementaires. Le Conseil fédéral et les employeurs au sens de l'art. 3 LPers se voient en outre déléguer des compétences législatives en vertu de la modification de l'art. 27, al. 5, LPers.

5.6 Protection des données

Les mesures présentées ne posent pas de problème au regard de la législation sur la protection des données.