

Enquête sur la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire (*legal quote*)

Rapport de la Commission de gestion du Conseil national

du 23 novembre 2007

Liste des abréviations

CdG	Commissions de gestion
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CER	Commission de l'économie et des redevances
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
CSSS	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national
DFF	Département fédéral des finances
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
LAssV	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur l'assurance directe sur la vie (loi sur l'assurance-vie) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances) en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2006
OAssV	Ordonnance du 29 novembre 1993 sur l'assurance directe sur la vie (ordonnance sur l'assurance-vie) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (ordonnance sur la surveillance) en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2006

Rapport

1 Introduction

1.1 Contexte

Dans le prolongement du débat sur le «vol des rentes» en automne 2002, les commissions de gestion (CdG) des Chambres fédérales ont institué un groupe de travail commun (groupe de travail LPP taux minimal) afin d'examiner la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle. Le groupe de travail a chargé le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) de réaliser une expertise sur les bénéfices réalisés dans le cadre de la prévoyance professionnelle et sur leur répartition.¹ Le 22 juin 2004, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a, sur la base de cette expertise, adopté l'étude sur la problématique de la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle², assortie de recommandations à l'attention du Conseil fédéral. Le 9 novembre 2004, elle a décidé de ne pas s'exprimer sur le fond de l'avis que le Conseil fédéral a émis au sujet de son rapport³, et d'attendre que les mesures que ce dernier a prises – qui n'étaient pas encore toutes en vigueur à l'époque – déploient leurs effets. Cette façon de procéder a permis de tenir compte du fait que la surveillance directe exercée sur la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁴ et sur l'efficacité des mesures prises dans ce domaine incombe au Conseil fédéral. Pour sa part, la CdG-N en assure le suivi dans le cadre de son mandat de haute surveillance. Vu la complexité du sujet, la CdG-N a, lors de la même séance, institué un nouveau groupe de travail (groupe de travail Répartition des excédents LPP) qu'il a chargé d'effectuer le contrôle de suivi ordinaire.

Dans le cadre de son contrôle de suivi de la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle, le groupe de travail Répartition des excédents LPP de la CdG-N⁵ a commencé par procéder à l'examen de la mise en œuvre des règles de transparence. Le 30 avril 2007, le groupe de travail a prié le gouvernement de lui remettre un rapport à ce sujet. Le Conseil fédéral a donné suite à cette demande et, le 29 août 2007, il a publié le rapport sur la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle depuis 2003 établi à l'attention du groupe de travail.⁶ Dans une seconde phase, le groupe de travail s'est penché de manière approfondie sur la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire (fréquem-

¹ Rapport du CPA du 13.5.2004 sur le calcul et la répartition des participations aux excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle (FF **2005** 563).

² Rapport d'enquête de la CdG-N du 22.6.2004 sur la problématique de la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle (FF **2005** 553).

³ Avis du Conseil fédéral du 1.10.2004 (FF **2005** 629).

⁴ Loi fédérale du 25.6.1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS **831.40**).

⁵ Au moment de la rédaction du présent rapport, les personnes suivantes faisaient partie du groupe de travail Répartition des excédents LPP de la CdG-N: Hugo Fasel (président), Serge Beck, Walter Glur, Christine Goll, Urs Hany, Hans Ulrich Mathys, Stéphane Rossini et Andy Tschümperlin.

⁶ Rapport du Conseil fédéral du 29.8.2007 à l'attention du groupe de travail de la CdG-N sur la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle depuis 2003 (<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/9388.pdf>).

ment appelée *legal quote*). Le présent rapport résume les constatations de la CdG-N relatives à ce second objet.

1.2 Objet de l'enquête

Les institutions de prévoyance des employeurs qui ne disposent pas d'une caisse de pensions propre peuvent s'affilier à des institutions de prévoyance professionnelle collectives. Ces institutions se distinguent du point de vue du preneur de risque⁷. Les institutions collectives autonomes supportent tous les risques tels que ceux liés à l'âge, à l'invalidité, au décès, aux placements de capitaux, aux sorties et à l'administration (selon la liste présentée par l'OFAP le 26 février 2007 au groupe de travail); autrement dit, les employeurs et les assurés concernés doivent supporter eux-mêmes les découverts et les assainissements éventuels. La loi permet aux institutions collectives autonomes d'être en situation de découvert. Certaines institutions collectives en revanche réassurent tout ou partie des risques auprès d'un assureur-vie dans le cadre d'un contrat d'assurance collective sur la vie. Les institutions collectives dites semi-autonomes réassurent une partie des risques auprès d'un assureur-vie. La loi leur permet également d'être en situation de découvert. Les institutions collectives qui réassurent l'intégralité des risques dans le cadre d'un contrat d'assurance collective sur la vie ne peuvent quant à elles pas se trouver en situation de découvert. En effet, en vertu du contrat de réassurance intégrale conclu avec le réassureur, il incombe à ce dernier de garantir les prestations de l'institution collective (en particulier la rémunération de l'avoir de vieillesse LPP au taux d'intérêt minimal et la conversion de cet avoir en rente au taux de conversion LPP à l'échéance de la retraite) et d'assumer les éventuelles pertes liées aux activités de prévoyance. En situation de réassurance intégrale, la propriété des valeurs patrimoniales de l'institution collective est transférée à l'assureur-vie qui les place conformément aux prescriptions de la loi sur la surveillance des assurances (LSA)^{8,9}.

Le glossaire de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) définit la quote-part d'excédents obligatoire comme étant la «partie minimale du rendement de la fortune et des revenus dans les processus de risque et de frais, qui doit être créditée aux assurés des contrats d'assurance sur la vie dans la prévoyance professionnelle. Le Parlement l'a fixée à 90 %.»¹⁰ Ce même glossaire précise également que les assurés reçoivent une participation aux excédents «si le produit de l'intérêt est supérieur à celui calculé prudemment sur la base du taux d'intérêt technique.»¹¹ Lorsque l'institution collective a conclu un contrat de réassurance, les excédents sont générés par la compagnie d'assurance-vie.¹² Selon les explications fournies au groupe de travail par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) en date du 23 avril 2004,

⁷ Voir aussi le rapport du 13.5.2004 du CPA sur le calcul et la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle (FF **2005** 563), pp. 577 à 589.

⁸ Loi fédérale du 17.12.2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS **961.01**) en vigueur depuis le 1.1.2006.

⁹ Voir le glossaire de l'OFAP (<http://www.bpv.admin.ch/glossar/index.html?lang=fr>) et l'OFAP-Info n° 8 (<http://www.bpv.admin.ch/aktuell/00692/01097/index.html?lang=fr>).

¹⁰ Glossaire de l'OFAP (<http://www.bpv.admin.ch/glossar/index.html?lang=fr>).

¹¹ Glossaire de l'OFAP (<http://www.bpv.admin.ch/glossar/index.html?lang=fr>).

¹² Pour ce qui concerne le calcul des excédents, voir également le rapport du 13.5.2004 du CPA sur le calcul et la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle (FF **2005** 563), pp. 595 à 606.

les excédents peuvent résulter d'un nombre de cas d'invalidité et d'une mortalité inférieurs aux prévisions, d'un produit des placements supérieur aux prévisions et de réductions de coûts.

La question de la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire, qui est l'objet de la présente enquête, se pose pour les institutions collectives intégralement réassurées et semi-autonomes. Ces dernières ne sont concernées que dans la mesure où la question de la participation aux excédents n'est pas réglée par des dispositions contractuelles spécifiques (voir la liste des contrats d'assurance soumis et non soumis à la quote-part d'excédents obligatoire dans les directives de l'OFAP concernant le compte d'exploitation de la prévoyance professionnelle¹³). Le présent rapport est consacré au cas des institutions collectives réassurées auprès d'assureurs-vie soumis à la quote-part d'excédents obligatoire. Pour des raisons de simplification, ces institutions collectives seront ci-après regroupées sous l'appellation «institutions collectives non autonomes». Le cas échéant, les institutions collectives autonomes ne seront mentionnées qu'à titre de comparaison.

1.3 Démarche

Le groupe de travail Répartition des excédents LPP a procédé à plusieurs auditions dans le cadre des travaux de suivi qui lui ont été confiés. Il a notamment entendu à plusieurs reprises des représentants de l'OFAP appartenant à l'autorité chargée de la surveillance du calcul de la quote-part d'excédents obligatoire. Il a également entendu des représentants de l'OFAS ainsi que Werner C. Hug, spécialiste des assurances sociales, et le professeur Heinz Schmid, actuaire. Le groupe de travail a en outre demandé à plusieurs offices de lui fournir un certain nombre de documents afin de pouvoir suivre la genèse des bases légales.

Le 18 octobre 2007, le groupe de travail a soumis son projet de rapport aux chefs du Département fédéral des finances (DFF), du Département fédéral de l'intérieur (DFI) et du Département fédéral de justice et police (DFJP) pour leur permettre de s'exprimer. Le groupe de travail a examiné leurs avis le 12 novembre 2007 et en a tenu compte dans le présent rapport.

Le groupe de travail a adopté le présent rapport le 12 novembre 2007 à l'unanimité et l'a transmis à la CdG-N qui l'a elle-même adopté le 23 novembre 2007 à l'unanimité et en a autorisé la publication.

2 Principes

2.1 Bases légales régissant la quote-part d'excédents obligatoire et son calcul

En vertu de l'art. 68a LPP, les excédents résultant des contrats d'assurance sont crédités au capital-épargne des assurés. Sur cette base, le Parlement a, lors de la première révision de la LPP, ajouté l'art. 6a à la loi fédérale sur l'assurance directe

¹³ Voir la directive 04/2007 pour la comptabilité PP, pp. 3 à 5 (<http://www.bpv.admin.ch/-dokumentation/00548/00614/index.html?lang=fr>). Cette directive est entrée en vigueur le 1.2.2007 et s'applique pour la première fois à l'exercice 2006.

sur la vie (LAssV)¹⁴ introduisant des dispositions particulières concernant la prévoyance professionnelle. Celles-ci chargeaient le Conseil fédéral d'édicter des dispositions régissant les bases du calcul de la participation aux excédents, les principes de la répartition de la participation aux excédents calculée ainsi que la part des excédents devant être rétrocédée aux institutions de prévoyance affiliées. La LAssV a été abrogée le 1^{er} janvier 2006. Les dispositions correspondantes ont été reprises par l'art. 37 de la LSA entrée en vigueur à cette même date. Les Chambres fédérales n'ont pas fixé le mode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire, ni la distribution des excédents à rétrocéder aux assurés. Elles ont en revanche fixé à 90 % au moins la quote-part d'excédents obligatoire (art. 37, al. 4, LSA).

Le Conseil fédéral a édicté les dispositions régissant le calcul et la répartition de la participation aux excédents dans l'ordonnance sur l'assurance directe sur la vie (OAssV)¹⁵, en particulier à l'art. 49h. L'OAssV a été abrogée en même temps que la LAssV et remplacée par l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS)¹⁶ qui a repris le chapitre consacré aux dispositions particulières pour les assurances de prévoyance professionnelle. Le principe de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire qui y a été fixé par le Conseil fédéral est basé sur l'ensemble des produits (= méthode dite brute).

En vertu de l'art. 147, al. 2, OS, la méthode de calcul basée sur le résultat (= méthode dite nette) n'est appliquée qu'à titre exceptionnel. Les assurés ne reçoivent en effet 90 % du résultat (= bénéfice) que si l'assureur réalise un rendement d'au moins 6 % et que le taux minimum LPP correspond à deux tiers ou moins de ce taux en pour-cent (donc 4 % au plus), c'est-à-dire uniquement lorsque l'exercice a été très bon.

Les dispositions légales en vigueur peuvent être résumées de la manière suivante:

- L'art. 68a LPP dispose que les excédents doivent être crédités au capital-épargne des assurés.
- L'art. 37, al. 4, LSA fixe à 90 % au moins la quote-part d'excédents devant être reversée aux assurés (*legal quote*).
- Dans l'OS, le Conseil fédéral a opté pour une méthode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire en principe basée sur les produits.

2.2 Définitions des méthodes de calculs selon l'OFAP

Les définitions reprises ci-dessous de notions revenant dans la discussion relative à la méthode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire sont tirées d'une note que l'OFAP a fait parvenir au groupe de travail en réponse à sa demande d'explications du 27 septembre 2007. Dans sa note, l'OFAP a indiqué avoir simplifié les définitions, comme le groupe de travail l'avait souhaité, et renoncé à une énumération fouillée des diverses composantes des produits et des charges des processus

¹⁴ Loi fédérale du 18.6.1993 sur l'assurance directe sur la vie (loi sur l'assurance-vie, LAssV; RS **961.61**) en vigueur jusqu'au 31.12.2005.

¹⁵ Ordonnance du 29.11.1993 sur l'assurance directe sur la vie (ordonnance sur l'assurance-vie, OAssV, RS **961.611**) en vigueur jusqu'au 31.12.2005.

¹⁶ Ordonnance du 9.11.2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (ordonnance sur la surveillance, OS; RS **961.011**) en vigueur depuis le 1.1.2006.

générateurs d'excédents, ceux-ci étant présentés de manière détaillée aux art. 143 à 145 de l'OS.

«La méthode de calcul basée sur les produits est aussi appelée méthode brute.

Avec cette méthode, on prend pour point de référence du calcul de la quote-part d'excédents de 90 % le total des produits des processus d'épargne (produits des capitaux moins frais de placement et de gestion des capitaux), de risque (primes de risque échues) et de frais (primes de frais).

En appliquant cette méthode, l'entreprise d'assurance peut revendiquer au maximum 10 % du produit total, cela à condition que l'ensemble des charges ne soit pas supérieur à 90 % du total des produits. Dans le cas où l'ensemble des charges est supérieur à 90 % du total des produits, la part de l'entreprise d'assurance est réduite et la part versée aux assurés augmente en conséquence, cela jusqu'au point où les charges sont égales au total des produits, point à partir duquel le solde devient négatif et l'entreprise d'assurance enregistre une perte.

Les charges totales se composent des charges imputables au processus de frais (frais de gestion, sans les frais de placement et de gestion des capitaux), des charges imputables au processus de risque (prestations en cas d'invalidité et de décès et leur liquidation sous forme de rentes ou de libération du service des primes) et des charges imputables au processus d'épargne (taux d'intérêt garanti, prestations et intérêts techniques).

La méthode de calcul basée sur le résultat est aussi appelée méthode nette.

Avec cette méthode, on prend pour point de référence du calcul de la quote-part d'excédents de 90 % le résultat du compte d'exploitation, c'est-à-dire la différence entre le total des produits et le total des charges. Les assurés doivent être crédités d'au moins 90 % de ce solde lorsqu'il est positif. S'il est négatif, l'entreprise d'assurance enregistre une perte. Ce mode de répartition est appliqué lorsque le rendement de l'entreprise d'assurance atteint au moins 6 % (la composante épargne atteint 6 % ou plus de la réserve mathématique) et que le taux minimum LPP ne dépasse pas 4 %, c'est-à-dire uniquement lorsque l'exercice a été très bon.

En vertu de l'OS (art. 147), on applique en règle générale la méthode de calcul basée sur les produits. La méthode de calcul basée sur le résultat n'est appliquée que si l'exercice a été bon. Il s'agit dans les deux méthodes de limiter la part d'excédents retenue par les entreprises d'assurance. En revanche, aucune de ces deux méthodes ne limite leurs pertes.

Parmi les pays qui nous entourent, ceux qui fixent une quote-part d'excédents obligatoire appliquent sans exception un mode de calcul basé sur les produits.» [Traduction]

2.3 Les assureurs-vie et la prévoyance professionnelle

Dans son rapport du 29 août 2007 sur la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle, le Conseil fédéral constate que le total des fonds gérés dans la prévoyance professionnelle représente quelque 600 milliards de francs. De ce montant, environ 120 milliards de francs sont gérés par des institutions collectives non autonomes. Autrement dit, près d'un cinquième des fonds totaux de la pré-

voyance professionnelle est réassuré par un assureur-vie. Les assureurs-vie ont l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour leur activité dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 37, al. 2, LSA).

2.4 Surveillance exercée dans le domaine de la prévoyance professionnelle

Les assureurs-vie du secteur privé qui réassurent des institutions de prévoyance collectives sont soumis à la LSA et placés sous la surveillance de l'OFAP. Cet office surveille le calcul de la participation aux excédents ainsi que leur distribution aux institutions de prévoyance. Celles-ci sont en revanche soumises à la LPP et placées sous la surveillance des organes de surveillance de la prévoyance professionnelle, c'est-à-dire des diverses autorités de surveillance cantonales et de l'OFAS. Ces organes assurent la surveillance exercée sur l'utilisation des parts d'excédents au sein des institutions de prévoyance et leur répartition entre les œuvres de prévoyance et les assurés.

3 Genèse des textes légaux régissant la quote-part d'excédents obligatoire

3.1 Discussion par article de la 1^{re} révision de la LPP aux Chambres fédérales

Les discussions relatives à la quote-part d'excédents obligatoire ont débuté dans le cadre de la 1^{re} révision de la LPP. Le 28 novembre 2002, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS) a proposé au Conseil des Etats (second conseil) d'élargir la LAssV en y ajoutant l'art. 6a afin que le principe de la transparence de la LPP s'applique également à l'échelon des assureurs-vie actifs dans la prévoyance professionnelle. Le Conseil des Etats a adopté cette proposition.¹⁷

Le 6 mai 2003, le Conseil national a modifié l'art. 6a, al. 4, LAssV en y inscrivant le principe en vertu duquel la quote-part d'excédents à reverser aux assurés doit atteindre au moins 90 % et qu'il n'appartient pas au Conseil fédéral de la fixer.¹⁸ Le 4 juin 2003, la majorité de la CSSS du Conseil des Etats a recommandé à son conseil de laisser au Conseil fédéral le soin de fixer la quote-part d'excédents obligatoire. Le Conseil des Etats a adopté cette proposition.¹⁹ Le 11 juin 2003, le Conseil national a adopté une proposition de minorité visant à se rallier à la décision du Conseil des Etats.²⁰ Les compétences en matière de détermination de la quote-part d'excédents et de calcul et de distribution de la participation aux excédents ont donc été déléguées au Conseil fédéral (dans la LSA en vigueur aujourd'hui, le législateur a fixé la quote-part d'excédents à redistribuer à 90 % au moins, voir ch. 3.2).

¹⁷ Voir BO 2002 E 1055.

¹⁸ Voir BO 2003 N 616.

¹⁹ Voir BO 2003 E 453.

²⁰ Voir BO 2003 N 930.

Dans les deux chambres, les discussions ont principalement tourné autour de la question de savoir s'il convenait de fixer la quote-part d'excédents dans la loi ou s'il fallait confier au Conseil fédéral la compétence de régler la répartition des excédents par voie d'ordonnance. Elles ont en second lieu porté sur la question du niveau de la quote-part d'excédents à inscrire le cas échéant dans la loi. Seuls quelques orateurs ont évoqué accessoirement les bases du calcul de la participation aux excédents.

3.2 Genèse de la LSA

3.2.1 Message du 9 mai 2003 concernant la LSA

Le Conseil fédéral a présenté son message concernant la LSA le 9 mai 2003, soit avant la fin des débats des Chambres fédérales sur la révision de la LPP.²¹ Il a relevé que le Parlement avait déjà discuté de la répartition des excédents dans le cadre de la révision de la LPP, raison pour laquelle il a proposé de reprendre l'art. 6a LAssV dans la LSA (art. 37). La formulation de cet article n'était toutefois pas encore arrêtée au moment de la rédaction finale du message.

3.2.2 Discussion par articles sur la LSA aux Chambres fédérales

Le Conseil des Etats (conseil prioritaire) a rouvert le débat sur l'inscription de la quote-part d'excédents obligatoire dans la loi le 18 décembre 2003 déjà. Contrairement à ce qui était le cas jusque-là, cet objet n'incombait plus à la CSSS, mais à la Commission de l'économie et des redevances (CER) étant donné que les dispositions de la LSA portent sur la surveillance des assureurs privés. Seul l'art. 37 LSA concerne la prévoyance professionnelle et impose aux assureurs-vie certaines obligations spéciales envers les institutions collectives. Une minorité de la CER a proposé au Conseil des Etats d'approuver le projet existant du Conseil fédéral. En adoptant cette proposition, le Conseil des Etats est alors allé à l'encontre de sa décision, prise dans le cadre de la révision de la LPP, consistant à déléguer au Conseil fédéral la détermination de la part d'excédent revenant aux assurés. En lieu et place, une quote-part d'excédents obligatoire d'au moins 90 % devait être inscrite dans la loi. Une fois encore, les députés n'ont pratiquement pas abordé, dans leurs interventions, la question de la base de calcul.²²

Pour sa part, le Conseil national (second conseil) a examiné l'art. 37 LSA le 17 mars 2004. La Chambre du peuple ne s'est pas contentée d'aborder une fois de plus la question de l'inscription dans la loi de la quote-part d'excédents obligatoire, elle s'est aussi penchée sur les bases du calcul de la participation aux excédents. Il était en effet apparu que ce point avait été quelque peu négligé jusqu'alors, chaque député ayant supposé que la quote-part d'excédents obligatoire serait calculée à partir de la base qui lui paraissait évidente. Les propositions et le projet lui-même manquaient de clarté en ce qui concerne cette quote-part. C'est pour cette raison que le conseiller

²¹ Message du 9.5.2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (FF **2003** 3353).

²² Voir BO **2003** E 1228.

fédéral Hans-Rudolf Merz a été amené à faire la déclaration suivante: «Après avoir entendu les débats visant à définir le «principe du produit brut» et à éclaircir le sens des différentes notions concernées, j'ai l'impression que vous n'êtes pas prêts à prendre des décisions! Je vous invite donc à créer une divergence avec le Conseil des Etats sur les points importants, afin que celui-ci puisse les examiner à nouveau.»²³ Cette déclaration montre que le chef du DFF avait de la peine à comprendre la volonté du Parlement. Plusieurs députés ont également demandé qu'une divergence soit créée avec le Conseil des Etats. Lors du vote, le Conseil national a toutefois refusé de créer cette divergence et a approuvé la proposition de minorité visant à se rallier au Conseil des Etats. La Chambre basse s'est donc prononcée contre une clarification de la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire et a laissé au Conseil fédéral le soin de choisir et de développer la méthode de calcul.²⁴

Constatation 1

A l'art. 37 LSA, le Parlement confie au Conseil fédéral le soin de fixer le mode de calcul de quote-part d'excédents obligatoire. Il est difficile de cerner clairement la volonté du législateur pour ce qui concerne les bases du calcul de cette part.

4 Genèse des ordonnances

4.1 Elaboration de l'OAssV par l'OFAP

4.1.1 Analyse des modèles étrangers

Lors de l'audition du 27 août 2007, l'OFAP a indiqué au groupe de travail avoir commencé l'élaboration de l'OAssV par l'analyse des modes de calcul de quotes-parts minimales utilisés à l'étranger. L'office a constaté qu'en France, au moins 85 % des revenus du capital et au moins 90 % du résultat technique de l'assurance risque doivent être portés au crédit de la réserve d'excédents. Lors de l'audition du 27 août 2007, l'OFAP a également présenté au groupe de travail la réglementation en vigueur en Grande-Bretagne sur un transparent. Il a en substance précisé que, dans ce pays, la plupart des polices d'assurance sur la vie sont basées sur des tarifs nets, c'est-à-dire que l'assuré n'a pas droit au versement d'excédents. Toutefois, lorsque le versement d'excédents est quand même prévu, le taux minimal de ces excédents doit être négocié avec l'autorité de surveillance et doit entre autres tenir compte du risque pris par l'actionnaire.

En Allemagne, au moins 90 % du montant résultant de la somme des intérêts perçus et du résultat des placements de capitaux (bénéfices moins pertes) après déduction des frais de placement et de gestion des capitaux doivent être portés au crédit d'une réserve d'excédents. Lors de leur audition, les représentants de l'OFAP ont déclaré que l'office a élaboré le modèle suisse en s'inspirant fortement du modèle allemand qu'il a complété en tenant aussi compte, pour le calcul de la quote-part d'excédents obligatoire, des processus de risque et de frais, en imposant à

²³ BO 2004 N 395.

²⁴ Voir BO 2004 N 392.

l'assureur de soumettre à l'OFAP pour approbation la participation aux excédents à distribuer aux institutions de prévoyance et en permettant à l'autorité de surveillance compétente d'exiger que la quote-part à redistribuer soit augmentée en cas de déséquilibre entre la part destinée aux assurés et celle retenue par l'assureur (voir art. 147, al. 3, OS).

La commission doute que les modèles étrangers puissent être comparés avec les institutions collectives non autonomes suisses étant donné qu'ils paraissent concerner essentiellement l'assurance individuelle sur la vie.

4.1.2 Calculs de l'OFAP

Dans une deuxième phase, l'OFAP a effectué des calculs à partir de plusieurs scénarios afin de comparer les effets des deux méthodes de calcul (méthode basée sur les produits vs méthode basée sur le résultat) sur la distribution des excédents. Les calculs effectués à l'attention du Conseil fédéral (ces calculs n'ont pas été présentés au Parlement) ne tenaient pas compte de l'exception prévue par l'art. 147, al. 2, OS puisque celle-ci a été introduite dans l'ordonnance à la demande de l'OFAS, donc après la consultation des offices au sujet de l'OAssV. Cinq hypothèses prévoyant diverses situations (allant de bonne à mauvaise) ont été utilisées pour illustrer l'incidence de ces deux méthodes de calcul sur la distribution des excédents. L'OFAP a d'abord calculé le rendement attendu des capitaux propres des assureurs pour chaque scénario et a ensuite calculé la moyenne pondérée de ce rendement en fonction de la probabilité de chaque scénario. Il a ainsi déterminé un rendement attendu moyen des capitaux propres des assureurs de 4,4 % en appliquant la méthode basée sur les produits et de -0,9 % en appliquant la méthode basée sur le résultat. Pour ce qui concerne cette valeur négative, l'OFAP a expliqué que les assureurs doivent assumer les pertes éventuelles comme cela a notamment été le cas en 2002. Selon l'OFAP, cette valeur négative reflète le fait que, pour les assureurs qui supportent un risque financier important, l'application de la méthode nette génère un rendement des capitaux propres inférieur à la rémunération que le marché offre pour les placements sans risque. Quant à la composante de risque escomptée, le modèle de calcul de l'OFAP donne un résultat escompté de 0,9 % en appliquant la méthode brute (soit une valeur moyenne légèrement inférieure aux exigences du marché qui se situent entre 2 et 5 %) et de -4.5 % en appliquant la méthode nette (soit une valeur très nettement inférieure à ces exigences). L'OFAP estime donc que l'application de cette dernière méthode aurait incité les assureurs-vie à se retirer de la réassurance intégrale des risques dans le domaine de la prévoyance professionnelle (voir le ch. 5.3 au sujet de l'évolution effective du rendement net des capitaux).

L'OFAP a donc accordé la priorité à la méthode de calcul fondée sur les produits lors de l'élaboration de l'OAssV. Etant donné qu'il arrive que le marché des capitaux soit porteur, l'OFAP a ajouté l'art. 49h, al. 3, OAssV (l'actuel art. 147, al. 3, OS), laissant ainsi une porte ouverte permettant d'augmenter la quote-part d'excédents redistribués en cas de disproportion par rapport à la part attribuée au capital propre.

4.2 Examen du projet de l'OAssV

4.2.1 Rôle de la Commission fédérale LPP

La 1^{re} révision de la LPP devait pouvoir entrer en vigueur au plus vite. Eu égard au calendrier extrêmement serré, l'OFAP a décidé de renoncer à envoyer le projet d'OAssV en consultation externe. En lieu et place, il a consulté la Commission fédérale LPP qui est constituée de représentants des cantons, des employeurs, des employés, des institutions de prévoyance, de l'administration fédérale et d'autres organisations. Lors de sa séance des 9 et 10 décembre 2003, un groupe de travail de la Commission fédérale LPP s'est penché sur le projet rédigé par l'OFAP. Dans la lettre du 10 juillet 2007 qu'il a adressée au groupe de travail, l'OFAS a en substance relevé qu'aucun procès-verbal de cette séance n'avait été dressé et que les modifications résultant de la discussion avaient été directement intégrées dans le projet. Le 15 janvier 2004, la Commission fédérale LPP a adopté les dispositions de l'OAssV relatives à la prévoyance professionnelle.

Lors de cette même séance, la Commission fédérale LPP s'est aussi penchée sur la question de savoir si le projet d'ordonnance permettait de répondre au vœu d'équité entre institutions collectives autonomes et institutions collectives non autonomes. Un représentant de l'OFAP et un représentant de l'OFAS étaient d'avis que les institutions de prévoyance et les assureurs n'étaient pas soumis aux mêmes conditions étant donné que, en tant que sociétés anonymes, les compagnies d'assurances ont également des obligations envers leurs actionnaires. L'un des représentants de l'OFAS a cependant estimé que même si les bénéficiaires sont différents, il est tout de même possible de parler d'équité à défaut d'égalité. Lors de cette séance encore, la Commission fédérale LPP a réduit de huit à cinq ans le délai dans lequel les apports au fonds d'excédents doivent être distribués (art. 49m, al. 2).

4.2.2 Avis de la CSSS-N

Bien que l'élaboration de l'ordonnance incombe au seul Conseil fédéral, la CSSS-N a fait usage de son droit d'être consultée. La consultation sur l'OAssV a eu lieu avant la fin des délibérations parlementaires sur la LSA. Lors de la séance de la CSSS-N du 14 février 2004, plusieurs membres de la commission ont relevé au sujet du projet d'ordonnance (OAssV) que les travaux parallèlement en cours créaient une certaine confusion. Lors de cette même séance, la CSSS-N a chargé sa sous-commission LPP d'examiner le projet d'ordonnance et de rédiger un projet d'avis à l'attention du Conseil fédéral. Certains membres de la commission ayant estimé que les partenaires sociaux n'avaient pas été suffisamment associés à l'élaboration du projet, la sous-commission a invité des représentants de ces derniers à participer à sa séance du 19 février 2007. Les discussions au cours de cette séance ont principalement porté sur le mode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire au moyen de la méthode nette ou de la méthode brute. Plusieurs membres de la sous-commission ont exprimé leurs doutes quant à l'adéquation des dispositions de l'ordonnance avec la volonté du législateur, en particulier en ce qui concerne le choix de la méthode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire basée sur les produits.

Par sa lettre du 23 février 2004 au Conseil fédéral, la sous-commission LPP de la CSSS-N a manifesté son étonnement après avoir constaté, en substance, que la définition de la quote-part obligatoire, en relation avec la répartition des excédents,

avait changé par rapport à la version discutée à l'origine pour l'art. 6a LAssV puisque, au lieu d'un excédent réparti en fonction de la quote-part obligatoire après déduction des frais, l'art. 49h mentionnait le produit du capital, ce qui ne correspondait ni à la teneur, ni au sens de la loi. La sous-commission a indiqué avoir pris acte de ce que l'administration avait justifié sa proposition de formulation en invoquant les impératifs de rendement auxquels les assureurs sont soumis.

4.3 Consultation des offices au sujet de l'OAssV

Le 2 mars 2004, l'OFAP a envoyé le projet en consultation auprès des offices.²⁵ L'OFAP a reçu deux réponses, l'une de l'Office fédéral de la justice (OFJ), l'autre de l'OFAS. L'OFJ approuvait le projet d'une manière générale, mais relevait en substance qu'il semblait prématuré de partir du principe que le mode de calcul retenu correspondait à la volonté de la majorité du Parlement dans la mesure où la version complétée de l'art. 37 LSA n'avait alors été adoptée que par la CER-N, mais pas encore par la Chambre du peuple.

Pour sa part, l'OFAS a constaté qu'il «ressort donc que le législateur a bel et bien voulu que l'excédent net (le bénéfice en l'occurrence) fût réparti entre l'assureur et les institutions de prévoyance. L'assureur se réserverait ainsi, non plus 10 % des produits, mais bien 10 % des bénéfices. [...] On constate donc que le mécanisme de redistribution des excédents tel que prévu dans le projet d'ordonnance n'est pas conforme à la lettre et à l'esprit de la loi. Cette constatation a, du reste, conduit la sous-commission de la CSSS-N à prendre position dans une lettre du 24 février 2004 au Conseil fédéral, dans laquelle elle juge ce procédé contraire à la volonté du législateur.» Dans son avis du 8 mars 2004, l'OFAS a en outre constaté que, «dans la pratique, la solution proposée [...] semble cependant défendable, du moins lors des exercices durant lesquels les assureurs ne réalisent aucun bénéfice ou, pire, font des pertes qu'ils doivent éponger sur leur propre fortune. Cependant, la marge disponible durant les «bonnes» années s'avérerait malaisée à justifier, comme en témoignent les récentes réactions au modèle proposé. Certes, l'art. 49h al. 2 prévoit que, lorsque le marché des capitaux permet d'obtenir des rendements élevés, le DFF propose au Conseil fédéral de relever le pourcentage, mais cette disposition ne fixe ni les critères, ni la proportion d'augmentation. Il nous paraît dès lors indiqué de déterminer ces éléments dans l'ordonnance.» L'OFAP a suivi l'OFAS en ajoutant un deuxième alinéa à l'art. 49h (l'actuel art. 147, al. 2, OS) prévoyant l'application à titre exceptionnel de la méthode de calcul basée sur le résultat. Selon les représentants de l'OFAP, toutes les divergences issues de la procédure de consultation des offices avaient été réglées avant que l'office présente la proposition correspondante au Conseil fédéral.

Le 24 mars 2005, le Conseil fédéral a approuvé le nouvel article de l'OAssV relatif à la prévoyance professionnelle. Les dispositions, entre-temps reprises dans l'OS, sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004.

²⁵ Le dossier de consultation a été envoyé au Secrétariat général du DFJP, à l'OFJ, au Préposé fédéral à la protection des données, au Secrétariat général du DFF, à l'Administration fédérale des finances, à l'Administration fédérale des contributions et aux services linguistique et juridique de la Chancellerie fédérale.

Constatation 2

Etant donné que, comme cela a été relevé dans la première constatation, il est difficile de cerner clairement la volonté du législateur, les dispositions de l'OAssV et de l'OS relatives aux bases du calcul de la quote-part d'excédents obligatoire ne peuvent pas l'enfreindre. Ces dispositions exploitent au maximum la marge de manœuvre de la LAssV et de LSA au profit des assureurs preneurs de risque.

5 Application des dispositions relatives à la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire

5.1 Exercice 2005

Les dispositions relatives à la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004, en même temps que le premier volet de la révision de la LPP. Depuis le 1^{er} janvier 2005, les assureurs-vie doivent tenir pour la prévoyance professionnelle une comptabilité séparée de celle du reste de leurs affaires et reverser une quote-part d'au moins 90 % des excédents aux assurés.²⁶

Pour l'exercice 2005, les assureurs-vie privés autorisés à opérer en Suisse ont donc pour la première fois présenté un compte d'exploitation entièrement séparé pour la prévoyance professionnelle qu'ils ont soumis à l'OFAP à la fin du premier semestre 2006. Au 31 décembre 2005, quatorze assureurs-vie privés travaillaient sur le marché de l'assurance collective dans le domaine de la prévoyance professionnelle. L'un d'entre eux se limitait à la réassurance des risques de décès et d'invalidité et deux autres, en situation de *run-off*, prévoyaient de céder leur portefeuille en 2006. Fin 2005, ces quatorze assureurs-vie assuraient 2 151 009 personnes. L'OFAP a indiqué que, depuis 2000, le nombre d'assureurs pratiquant la couverture intégrale a diminué en raison du cadre législatif et réglementaire mis en place et que cette évolution s'est encore accentuée depuis 2004 alors que, pour des questions de risque, les institutions de prévoyances sont de plus en plus enclines à trouver des solutions de réassurance. Au cours de l'exercice 2005, 92 % des produits réalisés dans les processus d'épargne, de risque et de frais sont revenus aux assurés sous forme de prestations d'assurance, d'augmentation des provisions techniques et de participation aux excédents. Par rapport à l'exercice précédent, les résultats du compte d'exploitation actuariel ont légèrement progressé, passant de 0,55 à 0,6 milliard de francs. L'OFAP estime que les entreprises d'assurance utilisent leur part au total des produits pour accroître le capital de solvabilité prévu par la loi et rémunérer le capital de risque engagé.

Selon l'OFAP, les assureurs ont respecté les dispositions de la LPP relatives à la transparence entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004. En sa qualité d'autorité de surveillance, l'OFAP est chargé de veiller à ce que les assureurs respectent leurs obligations en la matière envers les institutions de prévoyance. Les institutions de pré-

²⁶ Voir le rapport du Conseil fédéral du 29.8.2007 à l'attention du groupe de travail de la CdG-N sur la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle depuis 2003 (<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/9388.pdf>).

voyance sont elles chargées de la transparence envers les assurés. Elles sont à ce titre soumises à la surveillance des organes de surveillance de la prévoyance professionnelle, c'est-à-dire des diverses autorités de surveillance cantonales et de l'OFAS.²⁷ Dans son rapport du 13 mai 2004, le CPA relevait au sujet de la problématique de la bipartition de cette surveillance que «la séparation claire voulue par le législateur entre l'institution de prévoyance, d'une part, et la compagnie d'assurance, d'autre part, n'est [...] qu'une fiction juridique.»²⁸

5.2 Exercice 2006

Au 31 décembre 2006, treize assureurs-vie privés étaient présents sur le marché de l'assurance collective dans le domaine de la prévoyance professionnelle et assuraient 2 130 874 personnes.²⁹ L'un d'entre eux se limitait à la réassurance des risques de décès et d'invalidité et deux autres, en situation de *run-off*, ne concluaient plus de nouveaux contrats.

A la différence du schéma de publication 2005, celui de 2006 présente des informations plus détaillées sur les affaires soumises à la quote-part d'excédents obligatoire, notamment en ce qui concerne les produits et les charges imputables aux processus d'épargne, de risque et de frais. Pour les treize assureurs-vie confondus, le total des produits des affaires soumises à la quote-part d'excédents obligatoire a atteint 6,5 milliards de francs. Avec la méthode de calcul basée sur les produits applicable en vertu de la réglementation en vigueur, la rémunération des assureurs ne peut être supérieure à 10 % de ce montant. En 2006, cette rémunération a atteint 8,3 % de ce produit. En d'autres termes, les treize assureurs-vie se sont partagé 545 millions de francs. Tous les assureurs-vie confondus, la quote-part d'excédents reversée a donc atteint 91,7 %, allant de 90 à 100 % suivant l'assureur. Des quelque 6 milliards de francs restant après déduction de la part du résultat brut retenue par les assureurs, 4,8 milliards ont été imputés aux processus d'épargne, de risque et de frais. A partir du montant restant, 708 millions de francs ont été transférés aux provisions techniques. Suite à ces déductions, il reste près de 473 millions de francs, qui ont été versés au fonds d'excédents.

5.3 Calculs de l'OFAP à partir de l'évolution effective du rendement des capitaux de 2001 à 2006

En vue de l'audition du 27 août 2007, l'OFAP a adapté les calculs effectués en 2003 à partir de plusieurs scénarios afin de bien illustrer à l'attention du groupe de travail Répartition des excédents LPP les différences entre la méthode brute et la méthode

²⁷ Voir le rapport de l'OFAP sur la collecte des données et la publication de la comptabilité de 2005 de la prévoyance professionnelle assurée par les entreprises suisses d'assurance sur la vie assujetties à la surveillance (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/-01086/index.html?lang=fr>) et l'OFAP-Info n° 8 (<http://www.bpv.admin.ch/aktuell/-00692/01097/index.html?lang=fr>).

²⁸ Rapport du CPA du 13.5.2004 sur le calcul et la répartition des participations aux excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle (FF 2005 563), p. 594.

²⁹ Voir le schéma de publication 2006 et le rapport de l'OFAP sur les comptabilités de la prévoyance professionnelle assurée 2006 (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/01086/index.html?lang=fr>).

nette de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire (voir ch. 4.1.2). Dans une première étape, l'OFAP a complété les calculs déjà effectués en 2003 en tenant compte de la réglementation à titre exceptionnel de l'art. 147, al. 2, OS disposant que, dans certaines circonstances, il est possible de calculer la quote-part d'excédents obligatoire au moyen de la méthode basée sur le résultat. Il y a lieu de relever que pour cette série de calculs, les capitaux propres n'ont pas été pris en compte pour le calcul du rendement net des capitaux, raison pour laquelle les résultats de ces deux calculs ne sont pas directement comparables.

Dans une seconde étape, l'OFAP a effectué les calculs en utilisant les rendements effectifs des capitaux enregistrés durant les années 2001 à 2006 en lieu et place des scénarios utilisés en 2003. Ces calculs intègrent notamment le rendement net des capitaux, en pour-cent et en francs, réalisé par tous les assureurs au cours des années 2001 à 2006 ainsi que les taux d'intérêt LPP appliqués au cours de ces années-là. Pour le reste, ces calculs ont été effectués à partir des mêmes hypothèses formulées en 2003 et ne correspondent donc malgré tout pas tout à fait aux conditions réelles. En raison de la situation difficile qui régnait alors sur le marché des capitaux, la rentabilité des capitaux propres a été négative en 2001 et en 2002 (soit respectivement de -108,9 % et de -43,8 %) aussi bien avec la méthode de calcul basée sur les produits qu'avec celle basée sur le résultat. En comparant les deux méthodes de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire pour les années 2003 à 2006, l'OFAP est parvenu à la conclusion que le rendement des capitaux propres des assureurs est passé de 18,24 à 12,87 % en raison de l'application de la méthode de calcul brute et qu'il aurait baissé de 5,82 à 4,41 % si l'on avait utilisé la méthode de calcul nette.

Lors de l'audition du 27 août 2007, les représentants de l'OFAP ont souligné que l'interprétation de ces chiffres montre que l'évolution intervenue confirme les hypothèses formulées lors de l'élaboration de l'OAssV. En appliquant la méthode de calcul basée sur les produits, il serait possible de rétribuer «correctement» les fonds propres minimaux estimés à 5 % de la réserve mathématique. En revanche, la méthode de calcul basée sur le résultat conduirait à des résultats encore plus mauvais que ceux escomptés en 2003, raison pour laquelle, de l'avis de l'OFAP, les assureurs auraient dans ce cas de figure décidé d'investir leurs capitaux ailleurs.

Dans son avis du 27 septembre 2007 à l'intention du groupe de travail, l'OFAP a relevé que les calculs avaient été effectués en fonction des dispositions en vigueur en 2003, c'est-à-dire avec des exigences en matière de fonds propres nettement inférieures à celles introduites le 1^{er} janvier 2006 avec la LSA et le test suisse de solvabilité. Les fonds propres nécessaires pris en compte pour le calcul de 2003 (5 % de la réserve mathématique) ne correspondent plus aux exigences actuelles en matière de solvabilité qui, de l'avis des représentants de l'OFAP, sont actuellement environ deux fois plus élevées. Ceux-ci ont par ailleurs aussi souligné que la base de calcul doit tenir compte de la volatilité des marchés. Ainsi, en 2002, les assureurs-vie ont été obligés d'utiliser leurs fonds propres pour éponger une perte de 2,3 milliards de francs. Les représentants de l'OFAP sont d'avis que seule l'application de la méthode brute permet aux assureurs de constituer, au fil des années, des fonds garantissant la solvabilité exigée. Pour leurs calculs, les spécialistes de l'OFAP sont partis de l'hypothèse que la probabilité qu'un exercice soit aussi mauvais que l'exercice 2002 n'est que de 2 %. Autrement dit, une telle situation ne risque de se produire que tous les 50 ans.

Dans son rapport sur les comptabilités de la prévoyance professionnelle assurée 2006³⁰, l'OFAP a une nouvelle fois comparé les deux méthodes de calcul. Il a publié côte à côte, exprimées en pour-cent de l'ensemble des provisions techniques, la quote-part d'excédents obligatoire effective (c'est-à-dire calculée au moyen de la méthode dite brute basée sur l'ensemble des produits) et la quote-part d'excédents obligatoire théorique obtenue au moyen de la méthode de calcul dite nette (c'est-à-dire basée sur le résultat) calculées pour tous les assureurs-vie actifs sur le marché de la prévoyance professionnelle et pondérées en fonction de leur probabilité. Cette comparaison ne fait pas la différence entre contrats soumis et contrats non soumis à la quote-part obligatoire. Les calculs de l'OFAP ont donné une marge de 0,43 % avec la méthode de calcul basée sur les produits et de 0,06 % avec celle basée sur le résultat. Dans son rapport, l'office indique que c'est le niveau du réapprovisionnement annuel du capital de solvabilité qui permet de constater si les marges réalisées permettent aux assureurs de poursuivre leurs activités sur le long terme. Le réapprovisionnement annuel se calcule d'une part à partir du montant du capital de solvabilité exigé et, d'autre part, du rendement qui doit être réalisé pour rémunérer correctement le risque actuariel assumé par les assureurs. A partir de divers calculs (réapprovisionnement de 3 et 8 % du capital de solvabilité), l'OFAP parvient à la conclusion que la méthode de calcul basée sur les résultats «ne parvient à répondre ni en une année ni dans une moyenne pondérée à long terme à une exigence ne serait-ce que minimale au réapprovisionnement du capital de solvabilité.»³¹ L'OFAP souligne en outre qu'il n'est pas possible de répondre de façon absolue à la question des rendements qui doivent être réalisés pour rétribuer correctement les risques liés aux 120 milliards de francs réassurés par les assureurs-vie.

Dans son rapport, l'OFAP rappelle l'art. 147, al. 3, OS en vertu duquel l'autorité de surveillance – l'OFAP en l'occurrence – est autorisée à augmenter la quote-part de distribution lorsque la part retenue par l'assureur est disproportionnée par rapport au montant versé au fonds d'excédents. L'ordonnance ne précise toutefois pas les circonstances dans lesquelles il y a disproportion. L'OFAP est en outre habilitée à réduire la quote-part de distribution d'un assureur qui serait tenu d'accroître ses fonds propres pour satisfaire aux exigences légales en matière de solvabilité.

Constatation 3

L'art. 147, al. 3, OS permet à l'autorité de surveillance d'augmenter la quote-part de distribution lorsque la part retenue par l'assureur est disproportionnée par rapport au montant versé au fonds d'excédents. La CdG-N n'a trouvé nulle part les critères permettant de constater une telle disproportion.

³⁰ Rapport de l'OFAP sur les comptabilités de la prévoyance professionnelle assurée 2006 (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/01086/index.html?lang=fr>), pp. 9 ss.

³¹ Rapport de l'OFAP sur les comptabilités de la prévoyance professionnelle assurée 2006 (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/01086/index.html?lang=fr>), p. 13.

5.5

Pour et contre la réassurance

A la question de savoir pourquoi les assurés affiliés à une institution collective réassurée auprès d'un assureur-vie bénéficient en général de participations aux excédents moins importantes que les autres assurés, l'OFAP répond en substance que le Conseil fédéral avait déjà souligné, dans sa réponse du 9 mars 2007 à une motion correspondante du parti socialiste, le fait que la réglementation actuelle tient compte de manière appropriée des conditions réglementaires manifestement sévères pour les entreprises d'assurance actives sur le marché de la prévoyance. D'après le Conseil fédéral, le système en vigueur assure une offre de produits d'assurance en mesure de garantir les prestations promises, et cela en faisant supporter à l'entreprise d'assurance respectivement à ses actionnaires, et non aux employeurs et aux assurés, le risque d'éventuelles pertes. Le Conseil fédéral avait ajouté que les institutions de prévoyances étaient libres de choisir si elles voulaient supporter leurs risques elles-mêmes ou si elles souhaitaient les réassurer.

5.6

Nouvelles discussions sur la quote-part d'excédents obligatoire

Les interventions parlementaires déposées à ce sujet montrent que l'entrée en vigueur de la révision de la LPP n'a pas mis fin aux discussions sur la quote-part d'excédents. Le 9 mars 2007, répondant à la motion «Legal quote. Appliquer la loi» (06.3721) déposée au Conseil national le 18 décembre 2006 dans laquelle le Groupe socialiste critique la méthode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire basée sur les produits, le Conseil fédéral a indiqué en substance que la méthode de détermination de la quote-part minimum basée sur les produits normalement appliquée doit permettre de compenser les mauvais par les bons exercices, seule solution à son avis, qui permette de constituer le capital de solvabilité prévu par la LSA. Il a rappelé que, lors de sa séance du 17 mars 2004, le Conseil national avait renoncé à créer une divergence avec le Conseil des Etats à ce sujet et a relevé que la question aurait pu être reprise, même sans divergence. Cela n'a pas été le cas. Le Conseil fédéral ne voit pour l'heure pas la nécessité de modifier les dispositions relatives à la quote-part d'excédents obligatoire.

Constatation 4

La CdG-N prend acte du fait que le Conseil fédéral motive le choix de la méthode de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire basée sur les produits en invoquant l'obligation que la loi fait aux assureurs-vie de constituer un capital de solvabilité et qu'il ne voit pas la nécessité de la modifier. La décision de procéder à une telle modification ressortit à la compétence du législateur.

6

Conclusions de la CdG-N

6.1

Conclusions de la CdG-N relatives à la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire

Au cours de l'enquête, la commission a notamment constaté que certaines notions utilisées dans des acceptions différentes et souvent insuffisamment définies semaient la confusion. Comme la CdG-N l'a relevé dans sa première constatation, il est difficile de cerner clairement la volonté du législateur pour ce qui concerne les bases du calcul de la quote-part d'excédents obligatoire.

Conclusion 1

Pour éviter les problèmes de mise en œuvre à venir, les notions nécessaires à la détermination de la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire doivent être préalablement définies, puis utilisées à bon escient. Le cas échéant, le législateur doit formuler ses exigences avec précision.

Il ressort des constatations 2 et 4 de la CdG-N que le Conseil fédéral a utilisé toute la marge de manœuvre que la loi lui octroie lorsqu'il a rédigé les dispositions relatives au calcul et à la répartition des excédents dans la prévoyance professionnelle et qu'il ne voit pas la nécessité de les modifier.

Conclusion 2

Si le législateur veut changer la base du calcul de la quote-part d'excédents obligatoire, il doit le faire en précisant la disposition légale de l'art. 37 LSA.

De l'avis de l'autorité de surveillance qui contrôle le respect des dispositions relatives à la quote-part d'excédents obligatoire, seule la méthode de calcul basée sur les produits (méthode brute) permet aux assureurs de respecter les exigences en matière de solvabilité et de rémunérer correctement le risque qu'ils assument. En même temps, l'OFAP souligne qu'il a la possibilité d'augmenter la quote-part d'excédents à redistribuer aux assurés lorsque la part retenue par l'assureur est disproportionnée par rapport au montant versé au fonds d'excédents. L'ordonnance sur la surveillance ne fixe cependant aucun critère indiquant comment déterminer une telle disproportion. En outre, lorsqu'un assureur est tenu d'accroître ses fonds propres pour satisfaire aux exigences légales en matière de solvabilité, l'OFAP est habilitée à réduire sa quote-part de distribution au-dessous de la quote-part obligatoire.

Recommandation 1

L'art. 147, al. 3, OS doit préciser les critères qui permettent à l'autorité de surveillance de déroger aux al. 1 (principe de calcul basé sur l'ensemble des produits) et 2 (principe de calcul basé sur le résultat).

6.2

Conclusions de la CdG-N relatives à la transparence

Il est actuellement difficile d'estimer l'impact des divers modes de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire. Cela est notamment dû au fait que l'on ne dispose pour l'instant que des données relatives aux exercices 2005 et 2006 et que les conséquences à long terme du choix d'un mode de calcul ne peuvent être simulées que sur la base d'hypothèses dont l'opportunité demeure difficile à évaluer (voir ch. 4.1.2 et 5.3).

De plus, lors des discussions sur la répartition des excédents, la question de savoir si les dispositions en vigueur apportent la transparence nécessaire à une saine concurrence revient régulièrement. Ainsi, lors de la révision de la LPP, le Parlement a modifié l'art. 68, al. 3 et 4, LPP sur les contrats d'assurance entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance dans le but d'améliorer la transparence, l'art. 37, al. 2, LSA, dispose que les assureurs-vie doivent tenir une comptabilité séparée pour leur activité dans le domaine de la prévoyance professionnelle et énumère son contenu (voir également les art. 139 et 140 OS) et, à partir des comptes d'exploitation qui lui ont été soumis, l'OFAP publie un aperçu des comptes d'exploitation des différents assureurs-vie travaillant sur le marché de la prévoyance professionnelle³² qui devrait permettre de procéder à des comparaisons. La commission apprécie que, par rapport au schéma de publication 2005, le schéma de publication 2006³³ opère une distinction plus détaillée entre affaires soumises et affaires non soumises à la quote-part d'excédents obligatoire. Elle estime cependant que les données publiées manquent de clarté. En effet, l'objectif poursuivi au moyen de la transparence est que les données publiées doivent permettre à chaque entreprise de décider si elle veut affilier son œuvre de prévoyance à une institution collective autonome ou non autonome et, dans ce dernier cas, auprès de quel assureur elle désire réassurer les risques. Seules des bases de décisions claires permettent à la concurrence de jouer.

Conclusion 3

Si le législateur estime que les données relatives aux comptes annuels (compte d'exploitation et bilan) des assureurs-vie actuellement publiées sont insuffisantes, il doit modifier la disposition légale de l'art. 37, al. 2, LSA.

6.3

Autres points à clarifier

Le présent rapport n'aborde que la question de la base de calcul de la quote-part d'excédents obligatoire. Bien que fondamentale, il ne s'agit que d'une question parmi d'autres qui se posent à propos de la répartition des excédents dans le cadre des institutions collectives non autonomes. Si le législateur devait décider de modi-

³² Voir le schéma de publication 2005 (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/-01086/index.html?lang=fr>) et la directive 04/2007 pour la comptabilité PP (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/00548/00614/index.html?lang=fr>). Cette directive est entrée en vigueur le 1.2.2007 et s'applique pour la première fois à l'exercice 2006.

³³ Voir le schéma de publication 2006 (<http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/01085/01086/index.html?lang=fr>).

fier les dispositions relatives au partage des excédents entre assureurs et assurés, d'autres points (tels que les dispositions relatives au fonds d'excédents, la répartition des excédents entre assurés au sein des institutions de prévoyance, les prescriptions régissant la formation de réserves et la solvabilité des assureurs, la problématique des contrats d'assurance non soumis à la quote-part d'excédents obligatoire des institutions collectives semi-autonomes ainsi que l'analyse des processus d'épargne, de risque et de frais) mériteraient alors également être pris en compte et clarifiés dans la foulée.

7 Suite de la procédure

La CdG-N prie le Conseil fédéral de donner d'ici au 15 mars 2008 son avis sur les constatations, conclusions et recommandations contenues dans le présent rapport et de l'informer sur les mesures prises. Le présent rapport est également transmis pour information aux Commissions de la sécurité sociale et de la santé publique des deux Chambres.

23 novembre 2007

Au nom de la Commission de gestion
du Conseil national:

Le président, Jean-Paul Glasson,
conseiller national
Le secrétaire, Philippe Schwab

Le président du groupe de travail Répartition
des excédents LPP, Hugo Fasel,
conseiller national

Pour le secrétariat, Sibylle Berger

Liste des personnes entendues par la CdG-N

(par ordre alphabétique, fonctions exercées au moment de leur audition)

- Bader Peter Heinz, Leiter Lebensversicherung, BPV
- Gadola Rinaldo, Leiter Aufsicht Berufliche Vorsorge, BSV
- Hug Werner C., Pensionskassen- und Sozialversicherungsexperte
- Hüsler Manfred, Vizedirektor des BPV
- Jungo Daniel, Fachexperte und Aufsichtsbeauftragter, BSV
- Künstle Daniel, Leiter Direktionsstab, BPV
- Mächler Monica, Direktorin des BPV
- Rossier Yves, Direktor des BSV
- Schmid Heinz, Versicherungsmathematiker
- Studer Kaufmann Lydia, Stv. Leiterin Aufsicht Berufliche Vorsorge und Aufsichtsbeauftragte, BSV