



Berne, le 6 décembre 2019

Mieux protéger les avoirs de libre passage

Rapport du Conseil fédéral en exécution du
postulat 17.3634 déposé le 31 août 2017 par la
CSSS-N

Table des matières

1	Contexte	3
1.1	Postulat de la C.S.S.S.-N (17.3634)	3
1.2	Faits pertinents	3
1.3	Rapport 2016 du Contrôle fédéral des finances.....	4
1.4	Débats parlementaires.....	4
2	Aspects juridiques	4
2.1	Cas de libre passage.....	4
2.2	Institution de libre passage	5
2.3	Formes du maintien de la prévoyance.....	5
2.3.1	Compte de libre passage	5
2.3.2	Dépôt de libre passage	6
2.3.3	Polices de libre passage	7
2.4	Protection des avoirs de prévoyance	7
2.4.1	Protection auprès d'une IP (fonds de garantie LPP).....	7
2.4.2	Protection en cas de compte de libre passage	8
2.4.2.1	Remarque préalable	8
2.4.2.2	Privilège des créances en vertu du droit bancaire	8
2.4.2.3	Garantie des dépôts.....	10
2.4.2.4	Digression: problèmes pratiques en cas de faillite d'une banque	11
2.4.3	Protection en cas de police de libre passage	11
2.4.4	Projet de réforme de la prévoyance vieillesse 2020	12
3	Solutions proposées	12
3.1	Remarque préliminaire	12
3.2	Rattachement à la banque	13
3.2.1	Extension de la garantie des dépôts des banques	13
3.2.2	Extension du privilège des créances défini dans le droit bancaire	14
3.2.3	Assurance des banques.....	15
3.3	Rattachement à l'ILP	15
3.3.1	Assujettissement au fonds de garantie LPP	15
3.3.2	Exigences supplémentaires posées aux ILP	16
3.3.3	Solution d'assurance.....	16
4	Récapitulatif et conclusion	17
4.1	Récapitulatif	17
4.2	Conclusion	18

1 Contexte

1.1 Postulat de la CSSS-N (17.3634)

Le 7 décembre 2017, le Conseil national a adopté le postulat de sa Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS-N), qui est formulé comme suit:

Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport présentant des solutions visant à ce que les avoirs de libre passage du deuxième pilier déposés en banque soient mieux protégés. Il étudiera, entre autres options, la possibilité d'augmenter, pour les avoirs de libre passage, la garantie des dépôts prévue par la loi sur les banques et l'obligation pour les banques de réassurer ce risque de manière spécifique. Le rapport contiendra aussi les éventuelles modifications de loi qui s'imposent.

Dans le développement, le Conseil national précise que les avoirs de libre passage font partie de l'épargne obligatoire prévue par la LPP. Ils se forment lorsqu'un employé interrompt (volontairement ou non) son activité lucrative. Si ces avoirs sont perdus à la suite de la faillite de l'institution de libre passage ou de la banque où ils ont été déposés comme capitaux d'épargne, il est possible que l'État doive intervenir de manière substitutive, par exemple en versant des prestations complémentaires. Aussi apparaît-il opportun de mieux protéger les avoirs en question et de prendre des mesures supplémentaires à ce titre. La garantie des dépôts prévue par la loi sur les banques, qui n'est qu'un privilège de créance en cas de faillite limité à 100 000 francs, ne constitue pas une protection valable. Il est donc judicieux que le Conseil fédéral étudie les améliorations que permettrait une augmentation de ce montant: il y va de la protection d'avoirs de vieillesse.

1.2 Faits pertinents

Lorsque des travailleurs ayant un revenu assuré au sens de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹ quittent leur employeur, ils partent également de son institution de prévoyance (IP). Cela constitue un cas de libre passage (cf. ch. 2.1). Le sort des avoirs de prévoyance dépend ensuite de la situation individuelle des assurés:

1. En cas de passage à un nouvel employeur, les avoirs sont transférés à son IP.
2. En l'absence d'un nouveau poste de travail ou lorsque le revenu diminue de telle sorte qu'il n'est plus assuré en vertu de la LPP, les avoirs de prévoyance sont transmis à une institution de libre passage (ILP). La couverture de prévoyance est alors maintenue sous la forme:
 - d'un avoir d'épargne placé sur un compte de libre passage auprès d'une banque (cf. ch. 2.3.1); ou
 - de titres dans un dépôt de libre passage (cf. ch. 2.3.2); ou
 - d'une police de libre passage conclue auprès d'une assurance (cf. ch. 2.3.3).
3. Dans certains cas (p. ex. départ définitif pour l'étranger), les avoirs de prévoyance peuvent également être versés, sur demande, aux assurés.

Conformément au postulat, le présent rapport examine uniquement la façon de mieux protéger les avoirs de prévoyance placés sur un compte de libre passage contre une perte consécutive à la faillite de l'ILP ou de la banque concernée.

¹ RS 831.40

1.3 Rapport 2016 du Contrôle fédéral des finances

Le 20 mai 2016, le Contrôle fédéral des finances (CDF) a publié le rapport «Institutions de libre passage de la prévoyance professionnelle – Évaluation des avantages et des risques pour les assurés et la Confédération»² (rapport du CDF). Il est arrivé à la conclusion que le système fonctionne bien pour les titulaires d'avoirs de libre passage qui sont suffisamment informés. Les avoirs de vieillesse restent dans le circuit de la prévoyance professionnelle du fait du transfert réglementé des fonds entre les IP et les ILP; le maintien de la substance des avoirs de prévoyance est globalement garanti dans le cadre du libre passage³. De plus, le CDF a constaté que, contrairement aux avoirs gérés par les IP (caisses de pension), les avoirs de libre de passage ne sont pas protégés par le fonds de garantie défini dans la LPP. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)⁴, plusieurs centaines de personnes ont perdu leurs avoirs de libre passage à la suite de la faillite de deux ILP due à une gestion déloyale. Le CDF estime que la perte d'avoirs de prévoyance du 2^e pilier sans faute de l'assuré est injustifiable⁵. Il a donc recommandé à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) d'examiner entre autres les mesures qui permettraient de protéger les avoirs de libre passage contre une perte sans faute de l'assuré en cas de faillite d'une ILP (recommandation 4)⁶. Le CDF pense qu'une couverture par le fonds de garantie LPP serait envisageable, mais plusieurs questions devraient d'abord être clarifiées⁷.

1.4 Débats parlementaires

La CSSS-N a débattu du rapport du CDF lors de ses séances du 13 octobre 2016 et du 2 février 2017. Il en a résulté des rangs de la CSSS-N une proposition de motion de la commission qui chargerait le Conseil fédéral d'élaborer un projet de loi prévoyant de garantir les avoirs de libre passage avec le fonds de garantie LPP. La CSSS-N a rejeté cette proposition lors de sa séance du 12 mai 2017, en arguant notamment que ces avoirs font partie du bilan des banques et ne sont donc pas séparés en tant que fortune distincte.

Au lieu de proposer un assujettissement au fonds de garantie LPP, la CSSS-N a finalement adopté le postulat 17.3634 «Mieux protéger les avoirs de libre passage», auquel répond le présent rapport.

2 Aspects juridiques

2.1 Cas de libre passage

La LFLP réglemente le cas de libre passage (cf. le ch. 1.1 précédent) et ses conséquences. Elle s'applique à tous les rapports de prévoyance où une IP de droit privé ou de droit public accorde, sur la base de ses prescriptions, un droit à des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance; art. 1, al. 2, LFLP)⁸. Dans

² Rapport du 20 mai 2016 du Contrôle fédéral des finances (CDF) «Institutions de libre passage de la prévoyance professionnelle – Évaluation des avantages et des risques pour les assurés et la Confédération» (www.efk.admin.ch > Publications > Assurances sociales & prévoyance vieillesse > Mai 2016), ci-après: rapport du CDF

³ Rapport du CDF, p. 5

⁴ RS 831.42

⁵ Rapport du CDF, p. 7

⁶ Rapport du CDF, p. 60

⁷ Rapport du CDF, p. 60

⁸ JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Handkommentar zum BVG und FZG (Komm. BVG/FZG), Berne, 2010, art. 1 LFLP n° 8

un cas de libre passage, les assurés ont droit à une prestation de sortie (art. 2, al. 1, LFLP), dont le montant est déterminé selon les prescriptions (règlement) de l'IP concernée (art. 2, al. 2, LFLP); des exigences minimales légales sont cependant fixées.

La prestation de sortie (capital de libre passage) fait partie intégrante de la prévoyance professionnelle et doit rester dans son circuit. C'est la raison pour laquelle son utilisation est restreinte. Un versement en espèces de la prestation de sortie n'est admis que dans des cas exceptionnels. Les assurés doivent apporter leurs avoirs dans une nouvelle IP ou maintenir la prévoyance sous une autre forme admise (art. 4, al. 1, LFLP), à savoir un compte ou une police de libre passage (art. 10 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage [OLP]⁹).

2.2 Institution de libre passage

La gestion des comptes et polices de libre passage incombe aux ILP¹⁰. Celles-ci font certes partie de la prévoyance professionnelle au sens large (cf. art. 1, al. 1, LFLP), mais elles ne constituent pas une IP au sens de l'art. 48 LPP. La protection accordée par la prévoyance est maintenue en dehors d'une IP¹¹. Les assurés peuvent décider eux-mêmes de l'ILP à laquelle la prestation de sortie sera versée (cf. art. 4, al. 1, LFLP). S'ils n'indiquent pas la forme du maintien de la prévoyance, l'IP doit transférer la prestation de sortie, y compris les intérêts, à l'institution supplétive au plus tôt six mois, mais au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage (art. 4, al. 2, LFLP). Lorsque les assurés commencent un nouvel emploi, la fortune de prévoyance doit être transmise à la nouvelle IP (art. 3, al. 1, LFLP).

La création et l'autorisation d'une ILP selon l'art. 10, al. 3, OLP s'appuient sur le droit ordinaire des fondations. La fondatrice peut être une personne privée, mais il s'agit généralement d'une banque ou d'une assurance. Il est relativement simple de créer une ILP; il suffit de prendre en considération les dispositions générales des art. 12 ss de l'ordonnance des 10 et 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)¹². Il n'existe notamment aucune prescription particulière concernant les fonds propres ou une autre garantie des droits des assurés. Les ILP sont des institutions qui, conformément à leur but, servent à la prévoyance professionnelle et sont donc soumises à la surveillance des autorités cantonales ou régionales compétentes en vertu de l'art. 61 LPP (comme pour la surveillance des IP)¹³. Il n'existe en revanche aucune surveillance par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) au titre du droit des marchés financiers, comme c'est le cas pour les banques et les assurances.

2.3 Formes du maintien de la prévoyance

2.3.1 Compte de libre passage

Les comptes de libre passage sont des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation devant remplir des conditions de placement précises. Ces contrats peuvent être complétés par une assurance décès ou invalidité (art. 10, al. 3, en relation avec l'art. 19 OLP). Les comptes de libre passage

⁹ RS 831.425

¹⁰ HANS-ULRICH STAUFER, Berufliche Vorsorge, n° 1262

¹¹ ATF 140 V 476, p. 476 (consid. 2.1)

¹² RS 831.435.1

¹³ UELI KIESER, Die Freizügigkeitseinrichtung – das unbekannte Wesen, dans: BVG-Tagung 2010 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, René Schaffhauser / Hans-Ulrich Stauffer (éditeur), Saint-Gall, 2011, p. 88

sont tenus par des fondations créées spécialement à cet effet (fondations de libre passage)¹⁴. Si la fondation n'est pas rattachée à une banque, l'ILP est dite indépendante¹⁵.

En cas d'«épargne pure», les ILP doivent impérativement placer les avoirs auprès d'une banque au sens de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB¹⁶; art. 19, al. 1, OLP). Conformément au souhait du législateur, les risques de marché et les risques de cours devraient être exclus pour cette forme de placement. Tous les avoirs des assurés doivent en tout temps et dans leur intégralité être couverts par le placement d'épargne (art. 19, al. 1, en relation avec l'art. 13, al. 5, OLP)¹⁷. Ils sont placés par l'ILP, en son nom, auprès de la banque, mais sont considérés comme des dépôts d'épargne de chacun des assurés (cf. art. 19, al. 2, OLP). Ceux-ci ont uniquement des droits à l'égard de l'ILP; ils ne peuvent pas disposer eux-mêmes des fonds. Comme d'ordinaire, la banque gère dans son propre système bancaire central les différents comptes de libre passage sur mandat de la fondation. Certaines fondations tiennent toutefois les comptes dans leur propre système et ont donc un compte collectif auprès d'une ou de plusieurs banques.

Le législateur a conçu les ILP pour accueillir provisoirement ou à plus long terme les fonds de la prévoyance professionnelle en cas de sortie d'une IP. Compte tenu de la réglementation juridique divergente, les fonds des assurés déposés auprès d'une ILP sont couverts comme les autres comptes ou dépôts auprès d'une banque ou les polices d'une assurance, mais ils ne bénéficient pas de la même protection qu'auprès d'une IP et ne sont pas assujettis au fonds de garantie LPP (cf. ch. 2.4.1 ci-après).

Avant 2011, certaines ILP plaçaient elles-mêmes la fortune de prévoyance dans des titres, même si les assurés recherchaient une solution d'épargne classique. Elles exerçaient donc une activité bancaire typique, sans pour autant disposer d'une autorisation spéciale ni être soumises à la surveillance correspondante, exposant dès lors les assurés à un certain risque. Le Conseil fédéral a modifié les prescriptions en 2011, obligeant expressément les ILP à placer la fortune sur un compte auprès d'une banque en cas de solution d'épargne (art. 19, al. 1, OLP). La tenue d'un compte de libre passage par une IP n'est plus admise depuis¹⁸.

2.3.2 Dépôt de libre passage

Outre l'«épargne pure» sur un compte de libre passage, les assurés peuvent opter pour un placement en titres comme dans la prévoyance du 3^e pilier¹⁹. L'OLP opère donc une distinction entre le «dépôt d'épargne» et l'«épargne-titres» (cf. art. 19a OLP). En cas de placement en titres, l'ILP tient auprès d'une banque un dépôt de libre passage en plus d'un compte de libre passage. Les produits de placement sont acquis ou vendus au nom de l'ILP, mais sur mandat et pour le compte des assurés. Ceux-ci assument donc les coûts et le risque de fluctuation des cours, mais ils bénéficient également d'un potentiel de rendement supérieur à celui du dépôt d'épargne²⁰. Les titres sont soumis aux restrictions de placement énoncées dans l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

¹⁴ HANS-ULRICH STAUFER, *Berufliche Vorsorge*, n° 1262; THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, *Komm. BVG/FZG*, art. 26 n° 7

¹⁵ Commentaire de la modification de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP), ch. 2.2 sur l'art. 19, al. 3 et 4, dans: *Bulletin de la prévoyance professionnelle* n° 120 du 18 octobre 2010, ci-après: *commentaire OLP 2010*

¹⁶ **RS 952.0**

¹⁷ *Commentaire OLP 2010*, ch. 2.2 sur l'art. 19, al. 1

¹⁸ HANS-ULRICH STAUFER, *Berufliche Vorsorge*, n° 1262, THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, *Komm. BVG/FZG*, art. 26 n° 8

¹⁹ ABEGG, p. 477

²⁰ *Commentaire OLP 2010*, ch. 1.1

(OPP 2)²¹. Contrairement aux avoirs en compte, les avoirs en titres peuvent être séparés de la masse en faillite du débiteur en cas de faillite de l'ILP ayant droit.

2.3.3 Polices de libre passage

Par polices de libre passage, on entend des assurances de capital ou de rentes, y compris d'éventuelles assurances complémentaires décès ou invalidité, qui sont affectées exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 10, al. 2, OLP) et qui ont été conclues auprès d'une société d'assurance soumise à la surveillance ordinaire des assurances ou auprès d'un groupe réunissant de telles sociétés d'assurance (art. 10, al. 2, let. a, OLP) ou auprès d'une institution d'assurance de droit public au sens de l'art. 67, al. 1, LPP (art. 10, al. 2, let. b, OLP)²². Une police de libre passage est une assurance qui comprend une couverture de base des risques vieillesse, décès et invalidité et qui peut être complétée par une assurance complémentaire, que les assurés choisissent librement pour les risques décès et invalidité. Elle peut être souscrite auprès d'une institution d'assurance privée ou de droit public ou auprès d'un groupe d'institutions d'assurance (pool)²³.

2.4 Protection des avoirs de prévoyance

2.4.1 Protection auprès d'une IP (fonds de garantie LPP)

Les ILP ne sont pas des IP. Le fonds de garantie LPP est une fondation de droit public dotée de sa propre personnalité juridique. Seules les IP soumises à la LFLP y sont affiliées (art. 57 LPP). La tâche principale de ce fonds consiste à garantir les prestations de prévoyance légales et réglementaires des IP devenues insolvable (art. 56, al. 1, let. b, LPP). Une IP est réputée insolvable lorsqu'elle ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaires dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible (art. 25 de l'ordonnance du 22 juin 1998 sur le «fonds de garantie LPP» [OFG]²⁴). Dans ce cas, le fonds de garantie couvre les *prestations* aux assurés (art. 26, al. 1, OFG). Il est financé par les cotisations annuelles des IP affiliées (art. 12 OFG).

Les ILP n'étant pas des IP, elles ne sont pas affiliées au fonds de garantie LPP²⁵. Ce sont des «institutions» qui doivent maintenir la prévoyance «sous une autre forme» (art. 10 OLP). Si elles font faillite, les avoirs d'épargne des destinataires sont colloqués selon les règles générales de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁶.

Les avoirs de libre passage prenant la forme d'une «épargne pure» ne sont pas protégés par le fonds de garantie LPP en cas de faillite d'une ILP.

²¹ RS 831.441.1

²² HERMANN WALSER, Komm. BVG/FZG, art. 4 n° 3

²³ THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, Komm. BVG/FZG, art. 26 n° 6

²⁴ RS 831.432.1

²⁵ ATF 141 V 650, consid. 5.2.1; UELI KIESER, p. 86

²⁶ RS 281.1

2.4.2 Protection en cas de compte de libre passage

2.4.2.1 Remarque préalable

Les avoirs de libre passage prenant la forme d'une solution d'épargne sont soumis aux règles d'insolvabilité. Étant donné que les prescriptions de droit spécial de la LB doivent être considérées en cas de faillite de banques, tandis que la faillite d'une ILP relève des règles générales du droit de la faillite, il faut opérer une distinction entre ces deux cas.

2.4.2.2 Privilège des créances en vertu du droit bancaire

Faillite d'une banque

L'art. 37a LB prévoit un privilège particulier pour certaines créances en cas de faillite d'une banque. Selon son al. 1, «les dépôts libellés au nom du déposant, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, sont attribués, jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP». Sans ce privilège, ils seraient entièrement affectés à la troisième classe de créanciers, tandis qu'avec lui, seule la part excédant 100 000 francs relève de cette classe. L'effet du privilège des créances ne se limite toutefois pas à la faillite proprement dite: les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a, al. 1, LB bénéficient également de la garantie des dépôts (art. 37h, al. 1, LB; cf. ch. 2.4.2.3 ci-après) et sont remboursés immédiatement (avant le déclenchement de cette garantie et en dehors de l'état de collocation) grâce aux actifs disponibles de la banque (art. 37b LB). Ils sont donc traités dans un premier temps comme des engagements collectifs et honorés (du moins en partie) avant même l'établissement de cet état; ils sont ainsi définitivement exclus de la procédure²⁷.

Lorsque les dépôts privilégiés ne peuvent pas être immédiatement remboursés intégralement à hauteur de 100 000 francs en vertu de l'art. 37b LB, la garantie des dépôts est déclenchée pour le solde (cf. ch. 2.4.2.3 ci-après). Si elle ne permet pas de les couvrir entièrement, les dépôts privilégiés sont alors colloqués dans la procédure de faillite et attribués à la deuxième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP (art. 37a, al. 1 et 5, en relation avec l'art. 219, al. 4, *deuxième classe*, let. f, LP).

Le privilège des créances s'applique, en plus des autres dépôts, aux créances des fondations bancaires reconnues comme IP au sens de l'art. 82 LPP²⁸ et aux créances des fondations de libre passage selon la LFLP²⁹, c'est-à-dire également aux avoirs de libre passage sous forme de dépôt d'épargne qui sont déterminants dans le cas présent³⁰. Ces créances sont considérées comme des dépôts des différents preneurs de prévoyance et assurés (art. 37a, al. 5, LB). Contrairement aux dépôts visés à l'art. 37a, al. 1, LB, les dépôts privilégiés selon l'art. 37a, al. 5, LB ne sont cependant pas remboursés immédiatement à partir des actifs disponibles de la banque, en dehors de l'état de collocation, et ne bénéficient pas, en plus, de la garantie des dépôts. Tant l'art. 37b, al. 1, que l'art. 37h, al. 1, LB renvoient exclusivement à l'art. 37a, al. 1, LB. Les avoirs de prévoyance sont donc privilégiés jusqu'à concurrence de 100 000 francs par preneur de prévoyance ou assuré, mais ils ne sont pas couverts par la garantie des dépôts.

²⁷ Message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **2002** 7476, p. 7511 sur l'ancien art. 37a LB

²⁸ Il s'agit en l'occurrence de la prévoyance individuelle liée du pilier 3a; KARL WÜTHRICH/STEPHAN KESSELBACH, *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2^e édition, Zurich, 2013, art. 37a n° 14.

²⁹ Il s'agit ici d'un dépôt d'épargne en cas de libre passage au sens de l'art. 19, al. 1, OLP; KARL WÜTHRICH/STEPHAN KESSELBACH, *BSK*, art. 37a n° 14.

³⁰ Le privilège des créances ne s'applique pas à l'épargne-titres visée à l'art. 19a OLP. Les titres n'étant pas des créances, il n'y a donc aucun dépôt au sens de la LB. Ils peuvent néanmoins être séparés en cas de faillite de la banque (cf. avis du Conseil fédéral en réponse à la motion Amherd 10.3446 «Fondations de libre passage. Protéger les avoirs»).

Le privilège des dépôts en cas de faillite est encore renforcé par le fait que les banques doivent disposer en permanence de créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse, à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés (art. 37a, al. 6, LB).

Faillite ou liquidation d'une ILP

En général, une ILP risque la faillite lorsque cette dernière est ouverte au niveau de la banque où sont déposés les avoirs de libre passage. Elle ne peut alors plus accéder à ses dépôts auprès de la banque ni rembourser les avoirs (cf. ch. 2.4.2.4 ci-après).

Lorsque seule l'ILP (mais pas la banque) est en faillite ou liquidée, le privilège des créances visé à l'art. 37a, al. 5, LB ne s'applique pas. Ce privilège est une disposition du *droit de la faillite bancaire* qui a été introduite par une loi spéciale (cf. LB «chapitre XII: faillite de banques insolvable [faillite bancaire]»)³¹. A contrario, il n'est pas valable en dehors d'une faillite bancaire, y compris en cas de faillite ou de liquidation d'une ILP. Par conséquent, l'obligation, pour une ILP en faillite, de rembourser les avoirs de libre passage aux assurés n'est pas considérée comme un «dépôt privilégié» au sens de l'art. 37a LB, contrairement à celle d'une banque en faillite envers une ILP.

Lorsqu'une ILP fait faillite ou est liquidée, les droits des assurés sont traités conformément aux règles de liquidation de la prévoyance professionnelle (cf. l'art. 18a LFLP en relation avec les art. 53b à 53d LPP). À l'issue de la procédure, les assurés reçoivent un dividende, qui se traduit la plupart du temps par une perte (partielle) de la fortune de prévoyance.

Il est déjà arrivé dans le passé que des assurés perdent leurs avoirs de prévoyance. Dans un cas, les organes de l'ILP avaient frauduleusement utilisé les fonds à d'autres fins que celles prévues (cas de la «Fondation de libre passage Fina»³²). Dans un autre cas, les avoirs d'épargne (cf. le ch. 2.3.1 précédent) avaient été placés dans des titres par l'ILP, l'ordonnance antérieure à 2011 ne l'excluant pas explicitement. Après la mise en place de l'obligation de tenir un compte selon l'art. 19, al. 1, OLP, l'ILP a dû vendre les titres, mais n'a pu le faire qu'à perte à cause des effets de la crise financière, ce qui a entraîné sa sous-couverture, puis une ouverture de faillite. Les assurés n'ont alors pu obtenir qu'un dividende de faillite de quelques pour cent (cas «NoventusPassAge», anciennement «Continua»³³).

Les avoirs de libre passage qu'une ILP place auprès d'une banque sous la forme d'un dépôt d'épargne sont privilégiés à hauteur de 100 000 francs en cas de faillite de la banque. En d'autres termes, ils sont colloqués dans la deuxième classe de créanciers. De plus, la banque doit détenir des actifs en Suisse équivalant à 125 % des dépôts privilégiés.

Si les ILP font faillite ou sont liquidées, les droits des assurés sont traités selon les règles de liquidation de la prévoyance professionnelle (cf. l'art. 18a LFLP en relation avec les art. 53b à 53d LPP). Le privilège des créances énoncé dans le droit bancaire ne s'applique pas à la faillite d'une ILP.

³¹ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 3^e édition, 2018, n° 1340

³² Rapport du CDF, p. 33; Feuille officielle suisse du commerce, FOOSC, registre journalier n° 14553 du 15 décembre 2009

³³ <https://www.finews.ch/news/finanzplatz/17028-ecofin-martin-janssen-noventus-noventuspassage-bundesgericht-aon-hewitt-continua-zbsa>; communication FOOSC, registre journalier n° 5774 du 6 novembre 2014

2.4.2.3 Garantie des dépôts

Droit en vigueur

L'art. 37*h*, al. 1, LB prévoit que certaines créances envers les banques et les négociants en valeurs mobilières³⁴ sont protégées par la garantie des dépôts, qui fait partie de l'autorégulation et est financée dans ce cadre. Seuls les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37*a*, al. 1, LB sont protégés (art. 37*h*, al. 1, en relation avec l'art. 37*a*, al. 1, LB).

Si les dépôts privilégiés ne peuvent pas être remboursés immédiatement et intégralement à partir des actifs disponibles selon l'art. 37*b* LB (cf. le ch. 2.4.2.2 précédent), la garantie des dépôts est alors déclenchée. Dans le cadre de cette garantie, les autres banques et négociants en valeurs mobilières mettent à la disposition de l'organisme de garantie (esisuisse) les liquidités nécessaires à la couverture des dépôts garantis en vue d'un versement aux déposants (art. 37*j*, al. 1, LB en relation avec l'art. 44 de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques [OB]³⁵). Les banques sont tenues de détenir des liquidités supplémentaires pour protéger les dépôts (art. 37*h*, al. 3, let. c, LB) et doivent donc assumer les coûts correspondants. Si la garantie des dépôts ne permet pas de rembourser entièrement les dépôts privilégiés, ceux-ci sont intégrés à la procédure de faillite et colloqués dans la deuxième classe à concurrence de 100 000 francs (cf. le ch. 2.4.2.2 précédent).

Bien que privilégiés, les avoirs de libre passage ne relèvent pas de la définition des dépôts garantis au sens de l'art. 37*a*, al. 1, LB, mais sont mentionnés séparément à l'art. 37*a*, al. 5, LB. En d'autres termes, ils sont certes affectés à la deuxième classe de créanciers jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs en cas de faillite, mais ne bénéficient pas, en plus, de la garantie des dépôts. L'art. 37*h*, al. 1, LB renvoie exclusivement à l'art. 37*a*, al. 1, LB (et non également à son al. 5), de sorte que les dépôts des fondations de prévoyance et ceux des fondations de libre passage ne sont pas remboursés immédiatement (art. 37*b* LB) ou dans le cadre de la garantie des dépôts (art. 37*h*, al. 3, let. a, LB). Le législateur a justifié cette exclusion de la garantie des dépôts en précisant notamment que les déposants n'avaient pas besoin de disposer de ces avoirs en quelques jours dans de tels cas³⁶.

Les avoirs de libre passage ne sont pas compris dans la garantie des dépôts inscrite dans le droit bancaire. Celle-ci vise un remboursement rapide des avoirs bancaires pour assurer la liquidité des clients des banques. Tant la garantie des dépôts que le privilège des créances sont limités à 100 000 francs par déposant et par établissement.

Consultation de 2019 sur la modification de la LB

Du 8 mars au 14 juin 2019, le Conseil fédéral a mené une consultation sur un projet de modification de la LB qui prévoit également d'adapter les prescriptions relatives à la garantie des dépôts³⁷. Ce projet (le message est prévu pour le premier semestre de 2020) comprend notamment une nouvelle réglementation des délais de versement des dépôts garantis aux déposants ainsi qu'une meilleure protection des obligations de contribution grâce à la consignation

³⁴ L'art. 36*a* de la loi sur les bourses (LBVM; RS **954.1**) indique notamment que les art. 37*h* ss LB s'appliquent également aux négociants en valeurs mobilières.

³⁵ RS **952.02**

³⁶ Message concernant la modification de la loi sur les banques (renforcement de la protection des déposants), FF **2008** 7951, 7963 (ch. 2.5.2); message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts), FF **2010** 3645, 3658 (ch. 1.5.1.5); RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, édition de mars 2013, art. 37*a* n° 15

³⁷ Le projet du 8 mars 2019 du Conseil fédéral présenté en consultation est disponible à l'adresse: www.admin.ch > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultation terminées > DFF > Modification de la loi sur les banques (garantie des dépôts, insolvabilité).

de titres ou à un prêt en espèces. Il n'est pas prévu d'étendre la garantie des dépôts à d'autres créances envers les banques, dont les avoirs de libre passage au sens de l'art. 37a, al. 5, LB.

2.4.2.4 Digression: problèmes pratiques en cas de faillite d'une banque

Comme indiqué précédemment, les ILP sont tenues de placer auprès d'une banque les avoirs de libre passage prenant la forme de solutions d'épargne (art. 19, al. 1, OLP). En principe, les deux solutions suivantes sont alors appliquées:

- La banque assure la tenue du compte sur mandat de la fondation:
Les comptes de libre passage sont gérés directement par la banque dans son système bancaire central, sur mandat de la fondation et au nom de l'assuré. L'ILP est la créancière du compte de libre passage vis-à-vis de la banque.
- La fondation assure la tenue du compte et ouvre un compte collectif:
L'ILP tient des comptes collectifs en son nom auprès d'une ou de plusieurs banques. Les comptes de libre passage sont gérés par la fondation ou sur mandat de celle-ci dans son propre système. L'ILP comptabilise donc les avoirs de libre passage par assuré. Elle est la créancière du compte collectif vis-à-vis de la banque.

La plupart du temps, la faillite de la banque entraîne l'insolvabilité de l'ILP, car dès l'ouverture de la faillite de la banque, l'ILP n'est plus en mesure d'accéder aux fonds pour effectuer des versements aux assurés dans le délai légal de 30 jours (art. 2, al. 4, LFLP). Lorsqu'un assuré commence un nouvel emploi par exemple, son avoir de libre passage doit être transféré à la nouvelle IP. Comme l'ILP n'a que peu de fonds propres, elle ne peut pas procéder au virement sans accéder aux comptes bancaires et se retrouve donc en demeure. En général, la faillite de la banque entraîne directement des problèmes de liquidités et une insolvabilité de l'ILP.

Dans une telle situation, les problèmes pratiques suivants peuvent se produire:

- Lorsque le compte collectif de l'ILP est ouvert auprès d'une banque, le liquidateur de la faillite de cette dernière ne peut pas déterminer les avoirs de libre passage individuels confiés à la banque, car les prétentions sur ce compte ne sont pas personnalisées. Dès lors, aucun assuré ne peut exiger le versement de son avoir de prévoyance individuel. De fait, l'art. 37a, al. 5, LB ne déploie pas ses effets pour les différents assurés.
- Tous les assurés ont droit au remboursement intégral de leur avoir de libre passage. Le privilège des créances étant toutefois limité à 100 000 francs en cas de faillite bancaire, tous les avoirs de prévoyance supérieurs à ce montant sont considérés comme des créances de troisième classe en vertu de l'art. 219, al. 4, LP, de sorte que seul un dividende de faillite peut être versé pour ces créances à l'issue de la faillite. Par conséquent, les assurés disposant d'un avoir de libre passage sont désavantagés par rapport à ceux dont l'avoir est confié à une IP. Cette problématique est accentuée par le fait que les avoirs du pilier 3a et ceux de libre passage sont comptabilisés ensemble.

2.4.3 Protection en cas de police de libre passage

Les avoirs de libre passage prenant la forme de polices de libre passage sont déjà couverts en détail par le droit des assurances. Les compagnies d'assurance doivent garantir les droits des assurés en constituant distinctement une fortune liée (art. 17, al. 1, de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances, LSA³⁸). Lorsqu'une assurance fait faillite, les créances des assurés sont honorées avant celles des autres créanciers grâce au produit de la fortune liée (art. 54a, al. 2, LSA). La FINMA surveille le respect des prescriptions. Dans ce contexte, les polices de libre passage ne seront pas traitées plus avant ici. Le privilège des

³⁸ RS 961.01

créances inscrit dans le droit bancaire (ch. 2.4.2.2) et la garantie des dépôts (ch. 2.4.2.3) s'appliquent uniquement au compte de libre passage en qualité d'épargne pure.

2.4.4 Projet de réforme de la prévoyance vieillesse 2020

Dans son projet de réforme de la prévoyance vieillesse 2020³⁹ qui date de 2014, le Conseil fédéral proposait des exigences complémentaires pour les ILP. En tant que législateur, il aurait fixé un capital de prévoyance initial minimal et des prestations de garantie⁴⁰ pour les ILP, comme il en existe déjà selon le droit en vigueur pour les institutions de prévoyance collectives ou communes soumises à la LFLP (art. 65, al. 4, LPP). Ces mesures visaient à éviter à l'avenir des abus similaires à ceux observés par le passé, principalement dans les ILP dites indépendantes⁴¹. De plus, on aurait examiné si l'exigence d'établir un rapport à l'intention d'un organe de contrôle (bureau de révision ou autorité de surveillance) plus d'une fois par année pendant la phase initiale constitue une mesure supplémentaire adéquate pour garantir une utilisation correcte des fonds. Ces nouvelles exigences se seraient appliquées tant aux nouvelles ILP qu'à celles existantes⁴².

Ce projet de réforme de la prévoyance vieillesse 2020 a été refusé en votation populaire en 2017.

3 Solutions proposées

3.1 Remarque préliminaire

Plusieurs solutions sont examinées pour mieux protéger les avoirs de libre passage. Comme indiqué précédemment, le risque de pertes des assurés peut découler d'une faillite de l'ILP ou de la banque. Les solutions éventuelles peuvent dès lors être réparties en deux catégories: la mesure est rattachée soit à l'ILP, soit à la banque. Dans le premier cas, elle vise à mieux protéger les avoirs de libre passage en cas de faillite de l'ILP. Les prestations devraient alors être garanties par des tiers ou l'ILP devrait disposer de fonds suffisants pour verser celles-ci. Dans le second cas, les mesures protégeraient davantage les avoirs de libre passage en cas de faillite de la banque.

Rattachement à la banque

- Extension de la garantie des dépôts des banques (ch. 3.3.1)
- Extension du privilège des créances défini dans le droit bancaire (ch. 3.3.2)

Rattachement à l'ILP

- Assujettissement au fonds de garantie LPP (ch. 3.2.1)
- Exigences supplémentaires posées aux ILP (ch. 3.2.2)
- Solution d'assurance (ch. 3.2.3)

³⁹ Message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020, FF **2015** 1

⁴⁰ Par prestations de garantie, on entend une garantie ou une couverture auprès d'une banque ou d'une assurance soumise à la surveillance de la FINMA pour couvrir le financement des prestations de prévoyance (art. 18 OPP 1).

⁴¹ Message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020, FF **2015** 1, p. 196

⁴² Message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020, FF **2015** 1, p. 196

3.2 Rattachement à la banque

3.2.1 Extension de la garantie des dépôts des banques

L'extension de la garantie des dépôts aux avoirs de libre passage affecterait surtout les banques et les négociants en valeurs mobilières qui sont affiliés à l'organisme de garantie. Le volume des dépôts garantis augmenterait sensiblement. Selon les renseignements fournis par l'Association suisse des banquiers, les avoirs du pilier 3a placés auprès des banques s'inscrivaient fin 2017 à quelque 50,6 milliards de francs et ceux du 2^e pilier à 30 milliards. Fin 2016, les dépôts garantis totalisaient 433 milliards de francs.

Dans la marche ordinaire des affaires, l'extension de la garantie des dépôts aux avoirs de libre passage se traduirait par une hausse des frais de détention des liquidités. En vertu du droit en vigueur, les banques et les négociants en valeurs mobilières doivent détenir en permanence, en plus du montant de leur liquidité légale, des moyens liquides correspondant à la moitié des contributions auxquelles ils sont tenus (art. 37h, al. 3, let. c, LB). Si la définition des dépôts garantis était élargie, il faudrait donc détenir davantage de liquidités. Le dossier de consultation du Conseil fédéral sur la modification de la LB (cf. ch. 2.4.2.3/consultation 2019 sur la modification de la LB) prévoit certes d'abroger l'obligation de détenir des liquidités supplémentaires, mais celle-ci est remplacée par la consignation de titres ou par un prêt en espèces à esisuisse pour garantir les contributions. En d'autres termes, selon le projet actuel du Conseil fédéral, un champ d'application plus large de la garantie des dépôts impliquerait des coûts supplémentaires pour les établissements affiliés.

En cas d'application concrète de la garantie des dépôts, la protection supplémentaire des avoirs de libre passage nécessiterait, pour chaque banque concernée, des contributions plus élevées destinées à couvrir les dépôts garantis. De plus, le système en vigueur étant plafonné à 6 milliards de francs, la hausse des dépôts garantis accroîtrait la probabilité que la garantie des dépôts ne puisse pas tous les honorer entièrement en cas de crise majeure. Selon le droit en vigueur, les ayants droit seraient alors lésés. La révision en cours de la LB entend remplacer ce plafond fixe par une part en pourcentage de l'ensemble des dépôts garantis, remédiant alors à cet inconvénient. Concrètement, l'inclusion des avoirs de libre passage affecterait surtout les déposants qui sont tributaires d'un versement rapide (et si possible intégral) des dépôts garantis pour conserver leur activité ou exécuter des achats de première nécessité, car chaque paiement serait réduit à cause de l'élargissement du cercle des ayants droit.

Cette adaptation n'aurait aucune incidence directe ou conséquence financière pour l'organisme de garantie (esisuisse). La gestion courante de ce dernier ne serait pas renchérie par la hausse des dépôts garantis. Les contributions des membres bancaires ne devraient pas augmenter.

La garantie des dépôts vise à protéger les déposants des conséquences de la faillite d'une banque. En particulier, l'activité usuelle et la consommation des clients de la banque doivent être maintenues à court terme aussi. En revanche, le fait que les avoirs de libre passage ne soient versés qu'ultérieurement devrait être insignifiant. Il n'y a pas de situation d'urgence en la matière; une extension de la garantie des dépôts n'est donc pas justifiée.

En supposant que cette garantie englobe les avoirs de libre passage, il faudrait déterminer si les dépôts des fondations bancaires reconnues comme IP (pilier 3a) sont eux aussi concernés, car ils sont mentionnés à l'art. 37a, al. 5, LB. De plus, il conviendrait de savoir si les avoirs de libre passage sont uniquement protégés comme les autres dépôts privilégiés ou s'ils sont également remboursés immédiatement à partir des actifs disponibles de la banque, avant de déclencher la garantie des dépôts (art. 37b LB; cf. les ch. 2.4.2.2 et 2.4.2.3 précédents).

Enfin, il faut préciser que même en cas d'extension de la garantie des dépôts aux avoirs de libre passage, ceux-ci ne seront pas protégés si, contrairement à ses obligations, l'ILP ne les

verse pas sur un compte bancaire et devient par la suite insolvable. Le renforcement des mesures de surveillance définies dans le droit de la prévoyance peut cependant réduire ce risque. Lorsqu'une ouverture de faillite concerne uniquement une ILP, la garantie des dépôts inscrite dans le droit bancaire ne déploie évidemment pas ses effets.

Mise en œuvre

- Art. 37b, al. 1, LB: suppression de «visés à l'art. 37a, al. 1»
- Art. 37h, al. 1, LB: suppression de «au sens de l'art. 37a, al. 1»

3.2.2 Extension du privilège des créances défini dans le droit bancaire

En cas de faillite d'une banque, les avoirs de libre passage bénéficient d'un privilège à concurrence de 100 000 francs (cf. le ch. 2.4.2.2 précédent). Au lieu d'étendre la garantie des dépôts, ce plafonnement du privilège des créances pourrait également être abrogé. Les avoirs de libre passage n'obtiendraient alors certes aucune protection supplémentaire, mais leur privilège serait illimité si la banque faisait faillite. En d'autres termes, ils seraient intégralement colloqués dans la deuxième classe des créanciers et le montant résiduel supérieur à 100 000 francs ne serait pas affecté à la troisième classe. Cela réduirait sensiblement le risque de pertes des assurés lors d'une faillite bancaire. De même, cette adaptation atténuerait les problèmes pratiques qui se posent aujourd'hui dans un tel cas (à savoir la répartition des fonds entre les assurés).

L'abrogation de la limite de 100 000 francs aurait une conséquence directe sur les banques, qui, en raison de la règle des 125 %, devraient détenir des actifs suisses supplémentaires de l'ordre des avoirs de libre passage bénéficiant désormais d'un privilège (cf. le ch. 2.4.2.2 précédent). Il y aurait également une conséquence indirecte: en cas de faillite, la masse restante pour les créanciers de troisième classe serait plus faible. Aucun autre effet n'a été identifié. Cette mesure serait plus avantageuse pour tous les participants qu'une extension de la garantie des dépôts, notamment car la détention d'actifs suisses (qui englobent également les hypothèques) serait moins onéreuse que celle de liquidités selon cette garantie. La suppression du plafonnement du privilège des créances permettrait d'éviter les frais de liquidités supplémentaires inhérents à une extension de la garantie des dépôts.

En cas d'abrogation effective de ce plafond, il faudrait déterminer, comme lors d'un élargissement du champ d'application de cette garantie, si la mesure s'applique uniquement aux avoirs de libre passage du 2^e pilier ou également aux avoirs du pilier 3a.

Lors de la consultation concernant la révision de la LB, tant l'Association prévoyance suisse (VVS)⁴³ qu'esisuisse⁴⁴ ont plébiscité l'abrogation du plafonnement du privilège des créances pour les avoirs de libre passage. Tous deux se référaient en l'espèce au postulat de la CSSS-N (17.3634) sous-jacent au présent rapport, estimant que cette solution était la plus efficace et la meilleure pour améliorer la protection de ces avoirs. Selon esisuisse, ce plafond devrait être supprimé pour les 2^e et 3^e piliers. La VVS pense en revanche que la limite de 100 000 francs pourrait être maintenue dans le 3^e pilier.

Mise en œuvre

Art. 37a, al. 5, dernière phrase, LB: remplacement de «à concurrence du montant maximal fixé à l'al. 1» par «dans leur intégralité».

⁴³ www.admin.ch > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2019 > DFF > Modification de la loi sur les banques (garantie des dépôts, insolvabilité) > Avis, p. 278

⁴⁴ Dans son courrier du 13 mai 2019 au Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI)

3.2.3 Assurance des banques

Le postulat préconise d'étudier «la possibilité d'augmenter, pour les avoirs de libre passage, la garantie des dépôts prévue par la loi sur les banques et l'obligation pour les banques de réassurer ce risque de manière spécifique». Seuls les assureurs directs peuvent se réassurer, pas les banques. Celles-ci peuvent uniquement souscrire une couverture contre certains risques liés à leur activité. L'auteur du postulat considère ici l'assurance soit comme une alternative à la garantie des dépôts soit au cas où cette dernière ne suffise pas à couvrir les avoirs de libre passage (si son champ d'application devait être étendu).

La solution d'une assurance privée pour les banques avait déjà été examinée en 2001 et en 2002 en relation avec un précédent projet de révision de la LB⁴⁵. Il s'agissait alors d'offrir une protection supplémentaire aux dépôts qui dépassaient la limite supérieure de la garantie des dépôts. À l'issue de la consultation et après des vérifications supplémentaires effectuées consécutivement par le Département fédéral des finances (DFF), cette option fut finalement abandonnée, car le marché privé de l'assurance ne disposait pas de capacités suffisantes pour couvrir le volume requis de liquidités. De plus, il y avait lieu de supposer que les bailleurs de fonds seraient eux aussi confrontés à de sérieuses difficultés financières en cas de déstabilisation grave des marchés financiers à l'échelon planétaire⁴⁶.

En 2009, le Conseil fédéral proposa une garantie des dépôts financée «ex ante» (c'est-à-dire avant son déclenchement) dans le cadre du dossier de consultation concernant une «loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires (loi sur la garantie des dépôts bancaires, LGDB)»⁴⁷. D'après cette loi, un fonds de garantie des dépôts alimenté par des contributions des banques devait garantir les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37a, al. 1, LB en cas de déclenchement. Ce projet fut lui aussi majoritairement rejeté lors de la consultation, raison pour laquelle le Conseil fédéral renonça à sa mise en œuvre.

Dans ce contexte, une solution d'assurance destinée à couvrir les dépôts privilégiés en complément ou comme alternative à l'actuelle garantie des dépôts semble peu prometteuse. Le projet de révision de la LB qui a récemment fait l'objet d'une consultation (cf. le ch. 2.4.2.3 précédent/consultation 2019 sur la modification de la LB) n'en prévoit donc aucune.

3.3 Rattachement à l'ILP

3.3.1 Assujettissement au fonds de garantie LPP

Un assujettissement des ILP au fonds de garantie LPP protégerait de manière optimale les avoirs de libre passage, de manière analogue aux avoirs de prévoyance placés auprès d'une IP. Cette solution a toutefois été rejetée par le Conseil fédéral, le Conseil national et la CSSS-N (cf. le ch. 1.3 précédent). Elle semble encore inopportune en l'état actuel des choses.

Les prestations du fonds de garantie en cas d'insolvabilité sont versées aux IP qui sont soumises à la surveillance et aux prescriptions de placement de la prévoyance professionnelle. Des mesures d'assainissement doivent être prises avant une insolvabilité effective et l'intervention du fonds de garantie. Il y a insolvabilité lorsqu'une institution ne peut plus être assainie. Si le fonds de garantie devait également protéger les comptes de libre passage qui sont gérés par une banque en tant que dépôts d'épargne, il faudrait le réformer en profondeur. Il devrait

⁴⁵ Message du 20 novembre 2002 du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **2002** 7476

⁴⁶ Message du 20 novembre 2002 du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF **2002** 7476, 7520

⁴⁷ www.admin.ch > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2009 > DFF > Loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires > Projet

alors assumer la responsabilité de fonds qui font partie de bilans bancaires en dehors du périmètre du 2^e pilier et ne sont pas soumis à la surveillance de ce dernier, qui ne sont ni placés ni présentés de manière distincte et transparente et pour lesquels il est impossible de prendre des mesures d'assainissement au titre de la LPP. Enfin, les employeurs et les assurés qui versent des cotisations au fonds de garantie devraient être coresponsables de banques qui ont réalisé des bénéfices grâce à des avoirs de libre passage. Compte tenu du montant des avoirs déposés par les ILP auprès des banques, le taux de cotisation du fonds de garantie devrait être fortement augmenté. La faillite d'une banque pourrait affecter des avoirs de libre passage de plusieurs milliards de francs, alors que le fonds de garantie ne verse actuellement que des prestations en cas d'insolvabilité légèrement supérieures à 100 millions par an et ne dispose que d'une réserve de quelques centaines de millions.

3.3.2 Exigences supplémentaires posées aux ILP

Comme indiqué au ch. 2.4.4, des exigences financières accrues pour la création d'ILP ont été proposées dans le cadre du projet de réforme de la prévoyance vieillesse 2020, mais elles n'ont pas été mises en œuvre. Des conditions particulières (capital de prévoyance initial minimal et prestations de garantie) visaient à éviter à l'avenir des abus similaires à ceux observés par le passé, principalement dans les ILP dites indépendantes. Pour le Conseil fédéral, ces mesures restent envisageables.

Les exigences financières supplémentaires posées aux ILP pourraient englober, par exemple, des fonds propres plus élevés. Cette mesure aurait cependant un coût pour les ILP et ne serait bénéfique que pour les assurés des petites ILP. Un relèvement des fonds propres n'aurait guère d'incidence sur les ILP dont les avoirs de libre passage se chiffrent en milliards. Dans ce contexte, il faudrait examiner si les exigences accrues devraient s'appliquer uniquement à certaines ILP, à savoir celles qui sont indépendantes. Par ailleurs, on pourrait envisager que les ILP soient tenues de conserver des sûretés pour honorer leurs obligations de remboursement (p. ex. actifs en Suisse ou prise de garanties). Contrairement aux banques ou aux assurances, les ILP sont des fondations à but non lucratif qui ne peuvent pas réaliser des bénéfices sur les avoirs qui leur sont confiés. Hormis un capital de fondation (minimum), elles ne sont actuellement soumises à aucune exigence en matière de fonds propres. Si elles devaient à l'avenir détenir des fonds propres sensiblement plus élevés, il faudrait se demander où elles pourraient trouver l'argent nécessaire. Étant donné que les avoirs de libre passage ne peuvent pas être imputés (sauf pour les frais d'administration), ils n'entrent pas en considération. En outre, les ILP n'étant pas autorisées à placer elles-mêmes ces avoirs, elles ne peuvent pas se financer grâce aux écarts de taux d'intérêt. C'est également la raison pour laquelle les gestionnaires ne seraient pas prêts à mettre à disposition des fonds propres aussi substantiels.

Pour réduire le risque de pertes des assurés à la suite d'actions illicites et d'utilisations abusives des avoirs de libre passage, il faut donc relever les exigences relatives à la création d'ILP et renforcer la surveillance.

Mise en œuvre

Reprendre dans un nouveau projet de loi les mesures prévues dans la réforme de la prévoyance vieillesse 2020; adapter l'OLP.

3.3.3 Solution d'assurance

Une solution d'assurance privée destinée aux ILP serait également envisageable pour mieux protéger les avoirs de libre passage en cas de faillite d'une ILP. La conclusion d'une assurance – on pense ici notamment à une assurance de cautionnement sous forme de prise en charge d'un cautionnement solidaire ou d'une garantie – peut être assimilée aux autres garanties financières énoncées au ch. 3.3.2.

Une obligation d'assurance posée aux ILP ne serait possible qu'aux conditions du marché et engendrerait des frais non négligeables compte tenu des sommes relativement élevées à assurer. Au final, cela affecterait également les assurés affiliés, car les primes d'assurance réduiraient les rendements des ILP concernées. Pour quantifier précisément les coûts d'une solution d'assurance, il faudrait, en raison des différentes conceptions possibles, demander des offres concrètes à des assureurs choisis, ce qui sortirait du cadre du présent rapport.

Il convient aussi de garder à l'esprit qu'il s'agit d'avoirs de prévoyance. Par conséquent, les exigences relatives à l'assurance des ILP (risque couvert et étendue de la couverture) devraient être plus élevées que celles concernant, par exemple, la responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune et des trustees selon l'art. 22, al. 2, de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)⁴⁸.

Mise en œuvre

Celle-ci serait réalisée au niveau de l'OLP.

4 Récapitulatif et conclusion

4.1 Récapitulatif

Les déclarations suivantes résument les réflexions relatives à une meilleure protection des avoirs de libre passage:

- Par le passé, la faillite de certaines ILP indépendantes a fait perdre aux assurés leurs avoirs de prévoyance. Conformément au rapport du CDF, la perte d'avoirs de prévoyance du 2^e pilier sans faute de l'assuré est injustifiable.
- Il est opportun, à l'avenir également, que les avoirs de libre passage ne soient pas protégés par le fonds de garantie LPP.
- Lorsque l'ouverture de la faillite concerne la seule ILP et que les avoirs de libre passage sont placés sur un compte bancaire conformément aux prescriptions, les actifs correspondants tombent dans la masse en faillite de l'ILP et sont colloqués selon les règles générales du droit de la faillite. À l'issue de cette dernière, les assurés reçoivent un dividende de faillite qui est généralement sensiblement inférieur à leurs droits initiaux. Leur perte est encore plus grande si, contrairement à ses obligations, l'ILP n'a pas placé les fonds.
- Lorsque l'ouverture de la faillite concerne la banque, les avoirs de libre passage qui y sont déposés bénéficient d'un privilège à concurrence de 100 000 francs par assuré dans la procédure de faillite bancaire. En d'autres termes, ils sont colloqués dans la deuxième classe de créanciers. La garantie des dépôts inscrite dans le droit bancaire et le remboursement immédiat à partir des actifs disponibles ne s'appliquent pas.
- Concernant les solutions, il convient d'opérer une distinction entre celles qui sont liées à l'insolvabilité de l'ILP et celles qui découlent de la faillite de la banque.
- Un rattachement à l'ILP et la garantie des prestations par un tiers, notamment par une assurance privée, offriraient aux assurés une protection élevée. Cette solution engendrerait cependant des frais considérables, qui devraient être financés par les ILP (et donc indirectement par les assurés).
- À titre alternatif, des exigences supplémentaires, en particulier financières, pour la création d'ILP, un capital de prévoyance initial minimal et des prestations de garantie seraient

⁴⁸ FF 2018 3675

envisageables, afin que le fondateur subisse une perte en cas de faillite. Cela évite la création abusive d'ILP. Les grandes ILP ne sont toutefois pas en mesure d'accumuler des fonds propres suffisants pour avoir, en cas de faillite, une substance leur permettant de couvrir une part substantielle des créances des assurés, car contrairement aux banques ou aux assurances, ce sont des fondations qui n'ont ni propriétaire ni fonds propres adéquats.

- En cas de rattachement à une faillite bancaire, il faudrait considérer, dans le droit bancaire, une extension de la garantie des dépôts ou une abrogation du plafonnement du privilège des créances. Cette extension se traduirait par une hausse des frais de liquidités des banques et des négociants en valeurs mobilières qui sont affiliés à l'organisme de garantie. L'abrogation de ce plafond nominal n'entraînerait, quant à elle, aucune exigence accrue en matière de liquidités; le privilège supplémentaire serait, de fait, à la charge des autres créanciers des deuxième et troisième classes, et les banques devraient détenir davantage d'actifs en Suisse.

4.2 Conclusion

Seule la garantie des prestations d'une ILP par un tiers (solution d'assurance) permettrait d'exclure aussi directement que possible le risque de pertes des assurés en cas d'insolvabilité de cette ILP. Cette solution entraînerait toutefois des coûts considérables.

Des exigences financières supplémentaires posées à la création seraient judicieuses principalement pour les petites ILP afin d'éviter tout agissement frauduleux.

L'abrogation du plafonnement du privilège des créances présente le plus d'avantages en cas de faillite bancaire. Les assurés bénéficieraient pleinement de ce privilège et cette solution permettrait également de résoudre les problèmes pratiques existants. Une extension de la garantie des dépôts accroîtrait notablement les frais de liquidités pour les banques.
