



Genève, le 5 juillet 2023

Le Conseil d'Etat

5629-2023

Département fédéral de l'intérieur
(DFI) Monsieur Alain Berset
Président de la Confédération
Inselgasse 1
3003 Berne

Par courrier électronique à :
Sekretariat.ABEL@bsv.admin.ch

Concerne : procédure de consultation relative à la modification du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, et d'autres ordonnances (Modernisation de la surveillance)

Monsieur le Président,

Nous avons bien reçu votre courrier du 19 avril 2023 adressé à l'ensemble des gouvernements cantonaux concernant l'objet cité sous rubrique et vous en remercions.

Après un examen attentif du projet soumis à consultation et du rapport explicatif qui l'accompagne, nous vous informons que notre Conseil approuve dans l'ensemble les modifications du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) et des autres ordonnances fédérales proposées en vue d'assurer la mise en œuvre de la modernisation de la surveillance, lesquelles découlent des dispositions légales adoptées par le Parlement fédéral le 17 juin 2022.

Le système des assurances sociales du 1^{er} pilier, à savoir de l'AVS, de l'AI, des prestations complémentaires, du régime des allocations pour perte de gain et des allocations familiales dans l'agriculture, dont les débuts remontent à plus de 70 ans, fonctionne de manière fiable, flexible et à moindre coûts depuis son instauration. Les caisses de compensation, qui sont un rouage clé de l'exécution des politiques sociales, participent activement à l'administration de ces différents régimes d'assurances sociales, tout en accomplissant les autres tâches ressortant à d'autres domaines qui leur sont confiées, notamment en matière de protection de la famille.

A cet égard, notre Conseil tient à relever qu'au cours de ces dernières années, les caisses de compensation ont fait preuve d'une indéniable capacité d'adaptation afin d'assurer de manière sûre et rapide la mise en œuvre de l'ensemble des modifications apportées par le législateur fédéral au dispositif des assurances sociales depuis le 1^{er} janvier 2021. Elles ont délivré à la population et aux entreprises les prestations financières liées à ces assurances et leur rôle a particulièrement été amplifié durant la période de la pandémie de coronavirus, où l'allocation pour perte de gain COVID-19 a été introduite dans un temps très bref. Le professionnalisme, l'efficacité et la flexibilité, dont elles ont fait preuve, leur ont permis de relever cet important défi. Cela n'aurait pas été rendu possible sans le travail et l'implication d'un personnel compétent, de même que des systèmes informatiques performants.

S'agissant des dispositions réglementaires en lien avec la modernisation de la surveillance dans le 1^{er} pilier et d'optimisation dans le 2^e pilier, nous considérons qu'elles doivent être suffisamment claires afin que le renforcement du rôle des organes d'exécution chargés de les appliquer puisse être atteint, conformément au but de la réforme.

En ce qui concerne la réglementation proposée concernant les systèmes d'information, elle constitue un premier pas vers la communication numérique, qui permettra de répondre à la demande accrue d'offres numériques qui se fait jour, ce que nous saluons. Cependant, les prescriptions relatives à l'obligation d'annoncer les atteintes aux systèmes d'information devraient à notre sens être adaptées, de manière à renvoyer aux dispositions de la loi sur la sécurité de l'information (LSI). La modification de cette loi, qui a fait l'objet d'un examen par les deux Chambres fédérales, contient en effet une base légale adéquate permettant de régler de manière uniforme et sans doublon l'obligation de signaler des cyberincidents au niveau suisse.

Quant à la surveillance dans le 2^e pilier, nous déplorons le fait qu'aucune disposition transitoire n'ait été envisagée concernant le transfert de la facturation pour les taxes de surveillance entre les autorités de surveillance et le Fonds de garantie (art. 7 OPP 1), ce qui est source d'insécurité juridique pour les autorités de surveillance et pour les institutions de prévoyance. En outre, les adaptations proposées en lien avec la reprise des effectifs de bénéficiaires de rentes nous paraissent devoir être complétées et/ou précisées (art. 17 et 17a OPP 2). Il importe notamment que les autorités de surveillance puissent vérifier non seulement l'existence d'un financement suffisant des engagements en matière des rentes, mais qu'elles sachent également dans quelles conditions les effectifs de rentiers peuvent être transférés d'une institution de prévoyance à une autre. Ce point devrait à notre sens être précisé.

Pour le surplus, notre position se fonde sur les éléments détaillés figurant dans le document annexé, qui s'inspirent de la position émise par la Conférence des caisses cantonales de compensation.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à notre prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre parfaite considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michele Righetti-El Zayadi

Le président :



Antonio Hodgers

Procédure de consultation relative à la modification du RAVS, de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) et d'autres ordonnances (modernisation de la surveillance)

Prise de position du Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève

La prise de position du canton de Genève exprimée ci-après s'inspire des remarques formulées par la Conférence des caisses cantonales de compensation au vu des aspects éminemment techniques qui sous-tendent la modernisation de la surveillance sous l'angle du 1^{er} pilier. Elle se concentre uniquement sur les modifications des actes et dispositions légales ayant suscité des commentaires particuliers, les autres n'étant pas mentionnés et pouvant être considérés comme approuvés.

Modifications du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)

Article 108a – Structure de l'établissement d'assurances sociales

La formulation selon laquelle la caisse de compensation et l'office AI doivent être organisés en tant que « *divisions* » distinctes au sein d'un établissement cantonal d'assurances sociales ne nous paraît pas appropriée, compte tenu des différentes structures. Nous proposons donc que la terminologie soit adaptée afin qu'il soit précisé que la caisse de compensation et l'office AI doivent « *être organisés en tant qu'unités organisationnelles distinctes en son sein* ». Cette terminologie correspond à celle utilisée dans le message du Conseil fédéral sur la modernisation de la surveillance (FF 2020 66).

Art. 109a – Commission de gestion

L'article 61, alinéa 1^{bis}, nLAVS requiert la création d'une « *commission de gestion indépendante du canton* ». Toutefois, cette disposition légale ne prévoit aucune norme de délégation qui autoriserait le Conseil fédéral à régler la composition de la commission administrative au niveau de l'ordonnance.

En outre, dans son message sur la modernisation de la surveillance (FF 2020 60), le Conseil fédéral s'est prononcé pour une séparation stricte entre le canton et la commission administrative. La loi a été adoptée ainsi par les Chambres. La volonté politique est parfaitement claire, en ce sens qu'il appartient aux cantons de fixer la composition de la commission administrative dans le cadre de la LAVS.

Dès lors que l'article 109a nRAVS proposé ne repose pas sur une norme de délégation de compétences et qu'il ne correspond pas à la décision politique du Parlement, il nous paraît devoir être biffé.

Art. 132^{septies} – Garantie d'une activité irréprochable

Cette disposition s'appliquerait notamment aux membres de la commission de gestion d'une caisse de compensation cantonale, ainsi qu'au gérant de la caisse, aux personnes chargées de sa suppléance et aux autres personnes qui assument des tâches de direction (cf. art. 66a, lit. b et c, nLAVS). La disposition de mise en œuvre donne mandat à l'organe de nomination d'édicter des prescriptions relatives à la garantie de l'activité irréprochable.

S'agissant des caisses de compensation cantonales, l'article 61 LAVS prévoit qu'elles doivent être créées par décret spécial. L'article 132^{septies} nRAVS pourrait impliquer une adaptation des lois ou décrets cantonaux concernés, voire de règlements cantonaux. Dès lors que l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} janvier 2024 et que l'article 66a nLAVS n'est pas assorti d'une disposition transitoire comme c'est le cas pour l'article 66 LAVS, la mise en œuvre par le canton pourrait ainsi poser problème, selon le type d'acte qui consignerait lesdites prescriptions relatives à l'activité irréprochable (loi, règlement, arrêté ou directives).

A cet égard, dans l'hypothèse où l'organe de nomination des personnes visées à l'article 66a LAVS est le gouvernement cantonal, nous souhaiterions savoir si de telles prescriptions devraient alors nécessairement figurer dans un règlement ou un arrêté cantonal adopté par le Conseil d'Etat ou si elles pourraient être prévues dans des directives.

Article 141^{sexies}, alinéa 3

Même si on ne dispose pas encore d'une possibilité d'authentification fiable du demandeur qui déposerait sa demande en ligne, la formulation « ... *contient toutes les données qui sont nécessaires pour faire valoir le droit aux prestations et qui ont été saisies par les assurés eux-mêmes* » nous paraît trop restrictive. En effet, il ne serait pas possible pour un représentant légal de saisir les données relatives à la personne assurée qu'il représente, voire de saisir des compléments provenant d'une comparaison de registres ou des organes d'exécution. Partant, nous suggérons que l'alinéa 3 soit adapté en conséquence.

Article 141^{septies} – Obligation d'annoncer les atteintes aux systèmes

L'une des améliorations significatives de la modernisation de la surveillance réside dans le fait que le Parlement fédéral a clairement défini qui est responsable des systèmes d'information dans le 1^{er} premier pilier. Selon le nouvel article 49a LAVS, ce sont les organes d'exécution et eux seuls qui ont cette responsabilité. Il s'agit d'un pas essentiel vers la bonne gouvernance évoquée plus haut. C'est donc à juste titre que le « contrôle des systèmes d'information » prévu à l'article 159, lettre c, nRAVS est effectué par l'organe de révision légal, comme le Parlement l'a voulu à l'article 68a nLAVS. Selon cette disposition, c'est l'organe de révision qui vérifie que les systèmes d'information sont conformes aux exigences.

Selon le rapport explicatif, l'obligation d'annonce immédiate à l'OFAS des atteintes au système doit permettre à cet office d'informer de manière adéquate et coordonnée les autres organes impliqués, les assurés ou le public, de prévenir d'autres dérangements ou dommages. Dans ce sens, l'annonce immédiate à l'OFAS se justifierait. En revanche, seuls les organes d'exécution ont la responsabilité de l'exécution, de sorte que l'OFAS ne pourrait ordonner ou prendre des mesures en lien avec les systèmes d'information des caisses. En effet, en sa qualité d'autorité de surveillance matérielle, l'OFAS ne connaît pas les systèmes d'information des organes d'exécution et ne peut donc pas donner d'indications techniques pertinentes dans le cas de cyberattaque.

De plus, à teneur du message relatif à la modification de la loi sur la sécurité de l'information (LSI ; objet 22.073 ; FF 2023 84), il est prévu que les caisses de compensation AVS aient l'obligation de signaler au Centre national pour la cybersécurité (NCSC) les cyberattaques visant leurs moyens informatiques (art. 74b, lettre i, LSI). Le NCSC sera le guichet unique pour les annonces de cyberattaques visant des infrastructures critiques. La LSI constitue ainsi une base légale adéquate pour régler de manière uniforme et cohérente l'obligation de signaler des cyberincidents au niveau suisse. Dès lors que le Conseil national a approuvé le projet à une large majorité le 16 mars dernier, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas s'en écarter pour l'AVS. Nous proposons dès lors qu'un renvoi à la LSI soit inséré dans le RAVS.

Par ailleurs, nous considérons qu'une obligation d'annonce à effectuer en parallèle auprès de deux autorités fédérales (NCSC et OFAS) créerait des doublons inutiles et irait à l'encontre des principes de la bonne gouvernance.

Article 155a nRAVS – Compte d'administration de l'établissement d'assurances sociales

Les deux premiers alinéas peuvent être acceptés. Sur le plan matériel, il est important qu'il n'y ait pas de subventionnement croisé au sein d'un établissement cantonal d'assurances sociales. Chaque tâche – qu'il s'agisse de tâches fédérales ou de tâches confiées par le canton – doit être comptabilisée en toute transparence dans le secteur comptable correspondant.

Concernant la notion de « *divisions* » figurant à l'alinéa 1, nous renvoyons aux remarques formulées supra en lien avec l'article 108a nRAVS.

La teneur de l'article 155a, alinéa 2, nRAVS proposée nous paraît acceptable sur le principe. En revanche, les restrictions exposées dans le rapport explicatif nous paraissent aller trop loin et être sources d'incertitudes. Nous les rejetons. Une répartition des coûts transparente et conforme au principe de causalité est primordiale. Les « projets stratégiques en vue de poursuivre le développement de l'organisation supérieure » peuvent très bien entrer dans le cadre du mandat légal d'un établissement cantonal d'assurances sociales et de ses tâches principales. Le commentaire formulé dans le rapport explicatif ne tient pas compte de la réalité et va à l'encontre d'une conception moderne des services et de l'entreprise. Les établissements cantonaux d'assurances sociales assurent déjà une répartition correcte des coûts, laquelle est contrôlée par les organes de révision lors de la révision finale. Il appartient à la commission de gestion de veiller à ce que cet aspect soit pris en compte dans la gestion de l'établissement cantonal d'assurances sociales.

En revanche, l'alinéa 3, qui prévoit que « *les coûts imputables aux autres tâches incombent aux cantons* », n'est pas clair. Selon l'article 63a, alinéa 3, nLAVS, « *quiconque délègue des tâches aux caisses de compensation s'assure que ces dernières sont intégralement dédommagées pour l'accomplissement de ces tâches* ». La loi fédérale se rapporte uniquement aux tâches déléguées et non pas à « *d'autres tâches* » en général. La création d'un établissement cantonal d'assurances sociales n'est pas une tâche déléguée en tant que telle, mais une option institutionnelle qui s'offre aux cantons.

Les termes « *coûts imputables aux autres tâches* », utilisés pour la première fois dans l'ordonnance, sont susceptibles d'ouvrir la voie à d'inutiles discussions entre l'OFAS, le canton et l'organe d'exécution qu'il convient d'éviter. Dès lors, nous demandons la suppression de cette disposition, voire une modification de la teneur de l'alinéa 3 comme suit : « *Les coûts qui ne sont imputables ni aux diverses assurances ni aux tâches déléguées sont imputables au canton* ».

Les trois instruments de la révision prévus à l'article 159 nRAVS nous paraissent suffisants pour que l'organe de révision puisse se prononcer sur l'imputation correcte des coûts. L'OFAS et la commission de gestion reçoivent toutes les informations nécessaires sur la forme et l'étendue des imputations par le biais du rapport de révision.

Article 211^{quinquies} – Prise en charge des frais des systèmes d'information

A l'article 49a nLAVS, le législateur fédéral a clairement établi que l'exploitation des systèmes d'information est du ressort des organes d'exécution. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, les organes d'exécution « *veillent à ce que leurs systèmes d'information présentent en tout temps la stabilité et l'adaptabilité nécessaires et à ce qu'ils garantissent la sécurité de l'information et la protection des données* ».

Il ne fait aucun doute que les applications de technologie de l'information et de la communication (TIC) communes sont utiles et nécessaires dans le 1^{er} pilier. C'est précisément pour cela que l'article 95 nLAVS a été inséré dans la loi. L'article 95, alinéa 3, lettre a, nLAVS dispose que le Fonds de compensation AVS prend à sa charge « *les frais de développement et d'exploitation de systèmes d'information utilisables à l'échelle suisse qui simplifient les démarches des caisses de compensation, des assurés ou des employeurs* ».

A notre avis, il est nécessaire, tant d'un point de vue factuel que juridique, que les institutions responsables de la mise en œuvre soient obligatoirement consultées et donc associées au processus de décision. Dans le rapport explicatif relatif à l'article 95 nLAVS (FF 2020 40), le Conseil fédéral promet que « *les organes d'exécution seront étroitement associés à leur développement et à leur exploitation* ». Toutefois, la proposition mise en consultation apparaît se distancer de cette promesse faite par le Conseil fédéral au Parlement, ainsi qu'aux principes de bonne gouvernance, puisqu'à teneur de l'article 211^{quinquies} nRAVS proposé, l'autorité de surveillance – qui n'est pas compétente pour les systèmes d'information – pourrait désormais prendre en toute indépendance des décisions concernant les applications de technologies de l'information et de la communication des organes d'exécution. Nous considérons que l'alinéa 2 de cette disposition – qui écarte les organes d'exécution d'un domaine qui est entièrement de leur ressort selon la loi – n'a pas de base légale et est porteuse de risques.

Partant, nous reprendrons ci-dessous les deux propositions formulées par la Conférence des caisses cantonales de compensation dans sa prise de position. La première a trait à l'adaptation de la teneur de l'article 211^{quinquies}, alinéa 2, nRAVS, comme suit : « *La **Centrale de compensation** examine, sur demande et en collaboration avec les organisations spécialisées des organes d'exécution, les conditions et décide de la prise en charge des frais par le fonds de compensation* ».

En outre, afin d'associer l'autorité de surveillance, nous proposons que la Centrale de compensation consulte à chaque fois l'OFAS au sens de l'article 72a, alinéa 1; nLAVS.

Notre proposition présente plusieurs avantages : elle respecte la loi fédérale, elle permet, dans le domaine des applications communes, d'associer les organes d'exécution comme le voulaient les parlementaires, elle définit un organe de décision qui peut être piloté et contrôlé du point de vue politique et, par conséquent, permet l'application de la LFC. L'OFAS est également consulté. Enfin, la compétence financière du Conseil fédéral selon l'article 95, alinéa 4, nLAVS est entièrement respectée. On évitera ainsi des aventures financières dans le domaine des technologies de l'information et de la communication aux frais du Fonds de compensation AVS.

Modification d'autres actes

1. Ordonnance des 10 et 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)

Article 7 – Taxe pour la surveillance du système et la haute surveillance

Actuellement, la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) perçoit elle-même la taxe de surveillance auprès des autorités cantonales de surveillance. Les autorités de surveillance prélèvent, quant à elles, cette taxe auprès des institutions de prévoyance surveillées soumises à la loi sur le libre passage (LFLP).

Les modifications, qui devraient entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2024 (art. 56 et 64c LPP et art. 7 OPP 1), prévoient qu'à l'avenir, ce soit le Fonds de garantie qui prélève cette

taxe de surveillance directement auprès des institutions de prévoyance soumises à la LFLP.

La déduction des frais du Fonds de garantie pour l'accomplissement d'une tâche légale – assumée durant 10 ans par les autorités de surveillance sans déduction de leurs frais – n'est pas justifiée et augmentera les frais dans le 2^{ème} pilier pour les institutions de prévoyance. Cela est d'autant moins compréhensible que ce changement n'engendra pas de charge de travail supplémentaire notable au Fonds de garantie. En outre, tant le Parlement fédéral que le Conseil fédéral ont toujours déclaré vouloir réduire les frais dans le 2^e pilier pour favoriser les prestations aux assurés.

Nous relevons également qu'aucune disposition transitoire n'est prévue concernant le « transfert de la facturation » entre les autorités de surveillance et le Fonds de garantie. Cette situation engendre une insécurité juridique tant pour les autorités de surveillance que pour les institutions de prévoyance. Ainsi, si ces modifications entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2024, il faudra définir qui percevra la taxe de haute surveillance pour l'année 2023. De plus, cette absence de dispositions transitoires pourrait poser problème lors de la facturation anticipée de cette taxe pour les institutions de prévoyance entrant en liquidation.

2. Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Les modifications de l'OPP 2 introduisent des dispositions d'exécution en lien avec l'article 53e^{bis} LPP concernant la reprise d'effectifs de rentiers, soit les articles 17 et 17a OPP 2. L'article 53e^{bis} LPP, qui prévoit deux notions indéterminées (« *forte proportion de rentiers* » et « *financement suffisant* ») a laissé au Conseil fédéral la tâche de les définir dans l'ordonnance.

Article 17 OPP 2 – Forte proportion de rentiers

L'article 17, alinéa 1, OPP 2 définit la notion d'effectif à forte proportion de rentiers. Cette nouvelle disposition règle les exigences de financement du côté de l'institution de prévoyance reprenante, mais ne précise pas dans quelles conditions les effectifs de rentiers peuvent être transférés d'une institution de prévoyance à une autre. Il sied de rappeler à cet égard que la prévoyance professionnelle repose sur la solidarité entre les assurés actifs et les retraités, de sorte qu'une séparation (« split ») délibérée des assurés actifs et des retraités d'un même employeur ne devrait en principe pas être autorisée.

En outre, comme mentionné dans le rapport explicatif en page 26, nous constatons qu'aucune disposition d'exécution n'est prévue pour les alinéas 2 à 4 de l'article 53e^{bis} LPP. L'avant-projet proposé ne permet donc pas de répondre à la question que nous avons déjà soulevée dans le cadre de la procédure de consultation de 2017.

L'avant-projet soumis en consultation ne répond pas non plus à la question de savoir comment la vérification prévue à l'article 53e^{bis}, alinéa 3, LPP pourra être faite dans le cas de la reprise d'effectifs de rentiers par une institution de prévoyance gérée de manière commune.

De plus, les transferts de rentiers n'ont pas seulement lieu entre institutions de prévoyance autonomes, mais également entre ou au sein d'institutions de prévoyance collectives, au niveau des œuvres de prévoyance. Aussi, vu l'importance de ces institutions collectives, nous suggérons que les dispositions de l'ordonnance précisent si et dans quelle mesure les nouvelles dispositions s'appliquent également aux reprises au sein d'institutions de prévoyance collectives.

Article 17a OPP 2 – Financement suffisant

S'agissant de la « garantie correspondante » (al. 3) analogue à celle prévue à l'article 58, alinéa 2, lettre a OPP 2, il n'est pas clair si le renvoi permet également l'application de l'article 58, alinéa 3, OPP 2, qui prévoit que l'autorité de surveillance peut dans des cas particuliers autoriser d'autres sortes de garanties. Ce point devrait à notre sens être précisé.

Concernant la « décision rendue » (al. 6), il conviendrait de préciser de quelle décision il s'agit (celle de l'organe suprême ou celle de l'autorité de surveillance de l'institution reprenante) afin d'éviter tout malentendu.

* * *