



Bulletins de la prévoyance Professionnelle :

Compilation des indications et

prises de position de l'OFAS

et de la jurisprudence sur le libre passage,

les versements en espèces et

les versements en capital

*La présente compilation ne traite **pas** des aspects liés à l'accession à la propriété du **logement**, au **divorce** et aux **bénéficiaires** d'un capital- décès : voir les autres compilations sur ces trois thèmes.*

(Etat le 5 décembre 2024)

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément

Table des matières

<u>No.</u>	Indications Prises de position de l'OFAS Jurisprudence
<u>165</u> 1147	Indication Projet « eStatus » : numérisation de l'inscription en tant qu'indépendant auprès des caisses de compensation AVS
<u>164</u> 1138 1140	Jurisprudence Obligation de retrait anticipé des avoirs de libre passage pour les bénéficiaires de l'aide sociale Excursus Les Suisses de l'étranger <i>Auteur : Jérôme Piegai, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, juriste à l'OFAS</i>
<u>162</u> 1124	Prise de position Questions-réponses sur les modifications de la prévoyance professionnelle introduites par la réforme AVS 21
<u>161</u> 1112	Prise de position Questions-réponses supplémentaires sur les nouvelles obligations d'annoncer incombant aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de négligence de l'obligation d'entretien conformément aux art. 40 LPP, 24 ^{fbis} LFLP et 5, 13 et 14 de l'ordonnance sur l'aide au recouvrement (OAiR)
<u>160</u> 1102	Jurisprudence Séquestre des avoirs de prévoyance
<u>159</u> 1090	Jurisprudence Capital-décès: exigence d'un ménage commun dans le cadre d'un partenariat de vie donnant droit à prestation (concrétisation de la jurisprudence)
<u>158</u> 1081 1084	Indications Brexit et paiement en espèces Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien: Adaptation du formulaire 2 concernant la révocation de l'annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage
<u>157</u> 1070 1074 1075	Indication Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien : Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce sont disponibles Jurisprudence Prestation pour survivants : restitution d'un capital-décès versé à une personne non autorisée du cercle des bénéficiaires et droit à des intérêts moratoires Prestation de libre passage et prescription

<u>155</u>	Jurisprudence
1057	Questions-réponses sur les nouvelles obligations d'annoncer incombant aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de négligence de l'obligation d'entretien conformément aux art. 40 LPP, 24 ^{bis} LFLP et 5, 13 et 14 de l'Ordonnance sur l'aide au recouvrement (OAIR)
1059	Examen par le TF des directives de la CHS PP pour les fondations du pilier 3a et du libre passage
<u>154</u>	Indication
1053	Brexit et versement en espèces
<u>153</u>	Indication
1037	Prévoyance professionnelle: actualisation d'ordonnances
	Prise de position
1040	Art. 5, al. 1, let. a, LFLP: preuve du départ définitif de Suisse et devoir de diligence de l'institution de prévoyance
<u>150</u>	Prise de position
1006	Brexit et versement en espèces
<u>147</u>	Indications
982	Brochure « Prestation de libre passage : n'oubliez pas vos avoirs de prévoyance !»
983	Avis de droit sur la question des intérêts négatifs sur des comptes de libre passage sous forme d'épargne pure
	Jurisprudence
987	Divorce: intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage
<u>146</u>	Jurisprudence
981	Délai réglementaire pour demander une prestation en capital
<u>145</u>	Indication
967	2 ^e pilier: le Conseil fédéral réglemente le choix des stratégies de placement et facilite le remboursement d'avoirs de prévoyance
<u>143</u>	Jurisprudence
953	Conséquences du versement en espèces en l'absence de motif d'un tel versement
954	Obligation de remboursement des institutions de prévoyance en cas de prestation de libre passage créditée par erreur
<u>142</u>	Prise de position
939	Transfert de la prestation de sortie en cas d'activités multiples
<u>140</u>	Jurisprudence
932	Pas d'obligation pour l'institution de prévoyance tenue à prestation d'exiger la restitution de la prestation de sortie

139	Prise de position
919	Garantie des dépôts auprès des fondations de libre passage et des fondations du pilier 3a
138	Indication
910	Message du Conseil fédéral concernant une modification de la LFLP : les assurés qui choisissent leur stratégie de placement doivent en assumer les risques
137	Indication
903	Nouvelle circulaire de l'AFC sur le libre passage
	Prise de position
904	Versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante – vérifications à effectuer par les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage
135	Prise de position
887	Transfert de la prestation de sortie dans deux institutions de libre passage: communication des données et répartition des obligations de rembourser dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement
134	Jurisprudence
881	Distribution de fonds libres et traitement des assurés ayant choisi le versement en capital
129	Prise de position
847	Est-il possible d'obtenir un versement en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. c, LFLP après un versement anticipé pour le logement ?
128	Jurisprudence
841	Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation en capital
126	Prise de position
825	Maintien correct de la prévoyance après la sortie de l'institution de prévoyance
	Jurisprudence
828	Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité
123	Jurisprudence
796	Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger?
122	Prises de position
782	Nombre de comptes ou de polices dans la même institution de libre passage
783	Pas de transfert d'une prestation de vieillesse en capital sur un compte ou une police de libre passage

<u>121</u>	Prise de position
775	Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2011.
	Jurisprudence
776	Déduction des rachats du revenu imposable en cas de versement en capital dans le délai de 3 ans ?
<u>118</u>	Prises de position
744	Etablissement à son compte par étapes et délai d'une année pour le versement en espèces
	Jurisprudence
747	Pas de splitting de l'avoir déposé auprès d'une institution de libre passage
<u>117</u>	Prise de position
734	Transmission de la prestation de sortie : nombre de comptes ou de polices de libre passage auprès de la même institution de libre passage (art. 12 OLP)
<u>116</u>	Prises de position
724	Institutions de libre passage : retrait intégral de la prestation de vieillesse, au lieu d'un versement anticipé partiel pour le logement, dans les cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite
725	Personne exerçant une activité indépendante: pas de versement anticipé partiel possible pour des investissements dans l'entreprise
<u>115</u>	Indication
712	Modification de la loi sur le libre passage dès le 1er janvier 2010, suite à l'initiative parlementaire « Ne pas discriminer les travailleurs âgés. Modification de la loi sur le libre passage »
	Prise de position
716	Questions relatives à la modification de loi sur le libre passage
<u>114</u>	Prise de position
706	Informations à fournir à l'institution supplétive lors de l'ouverture d'un compte de libre passage (art. 4 al. 2 LFLP)
<u>113</u>	Prises de position de l'OFAS
702	Précisions au sujet du bulletin n° 112 ch. 697 : versements dans une institution de libre passage
<u>112</u>	Indication
696	Extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie dès le 1 ^{er} juin 2009
	Prise de position
697	Pas de versement d'employeur dans une institution de libre passage
<u>110</u>	Prise de position
678	Est-il possible de retirer la totalité du capital de prévoyance déposé dans une institution de libre passage moins de 3 ans après avoir effectué un rachat dans une caisse de pensions ?

<u>108</u>	Jurisprudence
669	Acceptation par l'institution de prévoyance soumise à prestation d'une prestation de sortie déjà versée à une institution de libre passage
<u>107</u>	Jurisprudence
656	Pas de consentement du conjoint pour le versement en capital de prestations de vieillesse provenant d'un compte de libre passage
660	Compensation du versement en espèces de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré en qualité d'administrateur
<u>106</u>	Jurisprudence
643	Interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP concernant une demande de versement en espèces par un indépendant
<u>104</u>	Prise de position
626	Dépôt d'une prestation de libre passage
<u>103</u>	Jurisprudence
619	Compensation de rentes d'invalidité avec une prestation de sortie déjà versée en espèces
<u>96</u>	Indication
567	Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE / Convention AELE Versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse
<u>94</u>	Jurisprudence
556	Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide
<u>86</u>	<u>EDITION SPECIALE (extrait)</u>
501	Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP et du 3 ^e paquet d'ordonnances (paquet fiscal) lié à la 1 ^{re} révision de la LPP (entrée en vigueur au 1 ^{er} janvier 2006)
<u>85</u>	Prise de position de l'OFAS
490	Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers
<u>84</u>	Prise de position de l'OFAS
487	Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)
<u>82</u>	Jurisprudence
481	Révocation du versement en capital
<u>78</u>	Prise de position de l'OFAS
463	Versement en espèces de la prestation de sortie lors du départ définitif de la Suisse
<u>76</u>	Jurisprudence
452	Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance

64	Prise de position de l'OFAS
388	Versement du capital en lieu et place de la rente – l'assuré peut-il revenir sur son choix et à quelles conditions ?
	Jurisprudence
390	Prestation de libre passage et retraite anticipée
59	Jurisprudence
371	Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance
53	Prise de position de l'OFAS
315	Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage
	Jurisprudence
322	Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse
48	Jurisprudence
287	Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente - Consentement du conjoint - Compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP
47	EDITION SPECIALE
270	Modification de l'ordonnance sur le libre passage COMMENTAIRES de l'ordonnance sur le libre passage
45	EDITION SPECIALE
268	Avoirs oubliés des caisses de pension: Mise en vigueur et ordonnance d'application
42	Prise de position de l'OFAS
248	Le délai de trois ans pour réclamer le paiement en capital en lieu et place de la rente de vieillesse
36	Indication
206	Prestation de libre passage et retraite anticipée
34	Indication
199	Transfert de la prestation de libre passage à l'institution supplétive
33	
193	Circulaire no 22 de l'administration fédérale des contributions
32	Indication
186	Questions sur le libre passage
	Jurisprudence
191	L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage
30	Edition spéciale (extrait)
	Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

<u>25</u>	Indications
153	Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants
158	Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative
	Jurisprudence
161	Droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé
162	Cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage
163	Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque que l'assuré quitte définitivement la Suisse
<u>23</u>	Jurisprudence
141	Montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques; en particulier critères relatifs à un licenciement pour des raisons économiques
<u>20</u>	Jurisprudence
124	Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative.
<u>17</u>	Indication
106	Versement en espèces de la prestation de libre passage, à un stade ultérieur, à un ayant droit qui a entrepris une activité lucrative indépendante
	Jurisprudence
107	Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion de "montant insignifiant"
<u>15</u>	Jurisprudence
92	Transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution
<u>12</u>	Jurisprudence
70	Intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
71	Calcul de la prestation de libre passage
72	Utilisation de l'avoir de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires
<u>11</u>	Indications
59	Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?
60	Paiement en espèces en faveur d'un actionnaire principal ou d'un directeur-actionnaire?
<u>10</u>	Indication
53	La tenue du compte de libre passage par une institution de prévoyance
<u>4</u>	Indication
25	Calcul de la prestation de libre passage
	Jurisprudence
26	Paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier qui met fin à son activité lucrative

<u>3</u> 18	Indication Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre
<u>2</u> 12	Indication Paiement de la prestation en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
<u>1</u> 3 4 5	Indications Prestation de libre passage versée en espèces et prestation de vieillesse servie en capital Versement de la prestation de libre passage en espèces en cas de départ définitif pour l'étranger L'imposition d'un délai d'attente dans les cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage

Indication

1147 **Projet « eStatus » : numérisation de l'inscription en tant qu'indépendant auprès des caisses de compensation AVS**

(Auteure: Marian Nedi, juriste Secteur cotisations, OFAS)

Dans son rapport du 27 octobre 2021 « Numérisation – Examen d'une flexibilisation dans le droit des assurances sociales (Flexi-Test) », le Conseil fédéral a identifié un certain potentiel d'amélioration en ce qui concerne la détermination du statut de salarié ou d'indépendant, estimant que cette procédure devrait être plus rapide et plus prévisible.

Le projet « eStatus » a pu mettre en œuvre ce mandat grâce à deux mesures. D'une part, l'équipe de projet (avec des représentants de l'OFAS, des caisses de compensation et d'eAVS/AI) a mis sur pied un site internet explicatif qui doit permettre aux utilisateurs de comprendre les critères à remplir pour être considéré comme indépendant et ainsi d'améliorer la qualité des demandes. D'autre part, un formulaire d'inscription en ligne centralisé a été créé pour les assurés, ce qui permet d'accélérer, de simplifier et d'uniformiser la procédure d'inscription en tant qu'indépendant auprès des caisses de compensation AVS.

L'inscription en ligne auprès des caisses de compensation facilitera également les demandes de versement en espèces de la prestation de libre passage, puisque les caisses de compensation seront désormais en mesure de prendre leur décision sur le statut plus rapidement. Quant aux institutions de prévoyance, elles pourront informer les personnes qui déposent une demande de la possibilité de s'inscrire en ligne.

Le site internet et le formulaire d'inscription ont été mis en service le 11 novembre 2024.

Liens vers le formulaire :

Français www.ahv-iv.ch/p/318.146.f

Allemand www.ahv-iv.ch/p/318.146.d

Italien www.ahv-iv.ch/p/318.146.i

Anglais www.ahv-iv.ch/p/318.146.e

Liens vers le site internet :

Français independant-suisse.ch

Allemand selbststaendig-erwerbend.ch

Italien indipendente.ch

Anglais self-employed.ch

Jurisprudence

1138 **Obligation de retrait anticipé des avoirs de libre passage pour les bénéficiaires de l'aide sociale**

(Référence à un arrêt du TF du 1^{er} février 2024, [8C_333/2023](#), publication prévue aux ATF ; arrêt en allemand)

Selon le Tribunal fédéral, il est disproportionné d'obliger les bénéficiaires de l'aide sociale à retirer de manière anticipée leurs avoirs de libre passage de la prévoyance professionnelle s'ils risquent de dépendre à nouveau de l'aide sociale avant d'avoir atteint l'âge minimal pour la perception anticipée de la rente AVS.

Concrètement, cela signifie que les bénéficiaires de l'aide sociale ne peuvent pas être contraints de se faire verser leur avoir de libre passage de manière anticipée à l'âge de 60 ans s'il est vraisemblable que cet avoir sera déjà épuisé à 63 ans – âge minimal pour percevoir la rente AVS de manière anticipée.

(Art. 16 OLP)

Pour le résumé de l'arrêt, veuillez vous référer au [communiqué de presse](#) du Tribunal fédéral du 5 mars 2024.

Excursus

1140 Les Suisses de l'étranger

Auteur : Jérôme Piegai, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, juriste à l'OFAS

1. Introduction

Le présent article expose la situation des Suisses de l'étranger sur le plan de la prévoyance professionnelle. Le but est de présenter les dispositions légales sur le 2^e pilier qui sont susceptibles de s'appliquer aux personnes qui forment la « Cinquième Suisse ».

La Suisse a toujours été et reste un pays d'émigration depuis l'époque des mercenaires, missionnaires et des autres ressortissants helvétiques qui sont partis à l'étranger pour essayer d'y trouver une vie meilleure et souvent pour échapper à la pauvreté de leur pays d'origine. Différentes villes dans le monde ont conservé leurs origines helvétiques dans leurs noms, par exemple Nova Friburgo¹, Nova Suíça, Nueva Suiza, New Bern, New Switzerland, Vevay², New Glarus, Nueva Helvecia, Nueva Berna ou Purrysburg³. Il y a aussi eu la Compagnie genevoise des colonies suisses de Sétif (en Algérie) de 1853 à 1956, pour laquelle travailla Henry Dunant le fondateur de la Croix-Rouge⁴. D'autres migrants suisses (notamment des familles zurichoises et des vigneron de Vevey) partirent pour l'Ukraine et fondèrent Zürichtal en Crimée en 1803 (actuellement : Solote Pole, « champ doré ») et Chabo (Chabag) près d'Odessa en 1823⁵. Citons également la Nouvelle Helvétie fondée par le Général Johann August Sutter et évoquée dans le roman « L'Or » de Blaise Cendrars. A l'époque actuelle, on pense notamment au personnel diplomatique et aux expatriés suisses travaillant pour des entreprises helvétiques ou des organisations humanitaires.

2. Statistiques

Actuellement, plus de 1 Suisse sur 10 vit à l'étranger : plus précisément, 11,1 % des ressortissants suisses résident hors des frontières helvétiques à fin 2023, ce qui correspond à 813'400 personnes, soit 1,7 % de plus qu'en 2022 (le pourcentage global des Suisses de l'étranger était de 9,5 % en 2003 et de 10,6 % en 2013). Chaque année, environ 30'700 Suisses émigrent et près de 22'100 Helvètes (re)viennent en Suisse (solde migratoire des Suisses: - 8'600 en 2023). Toujours plus de Suisses vivent à l'étranger : 64 % d'entre eux résident en Europe, 16 % en Amérique du Nord, 7 % en Amérique latine, 7 % en Asie, 4 % en Océanie et 2 % en Afrique. Parmi les Suisses de l'étranger, 21% ont moins de 18 ans, 56% sont âgés de 18 à 64 ans et 23% ont 65 ans ou plus. C'est le groupe des seniors qui a connu la hausse la plus importante (+3,9 % par rapport à 2022). Il y a ainsi une augmentation du nombre de Suisses qui vont passer leur retraite à l'étranger. Parmi les pays avec de grandes communautés suisses, la Thaïlande (41%), le Portugal (34%), l'Espagne (32%) et l'Afrique du Sud (32%) se démarquent avec une part importante de seniors. Entre 2022 et 2023, le Portugal et la Thaïlande ont affiché une croissance de la part des seniors suisses particulièrement élevée, avec respectivement +15,6% et +8,2%. Près de 83 % des 3800 nouveaux rentiers qui émigrent au moment de percevoir la

¹ [Nova Friburgo — Wikipédia \(wikipedia.org\)](#)

² [Vevay \(Indiana\) — Wikipédia \(wikipedia.org\)](#)

³ [Purrysburg — Wikipédia \(wikipedia.org\)](#)

⁴ [Compagnie genevoise des colonies suisses — Wikipédia \(wikipedia.org\)](#)

⁵ Voir notamment: [Deux villages suisses au bord de la mer Noire – Musée national - Blog sur l'histoire suisse \(nationalmuseum.ch\)](#).

rente s'installent dans un pays européen. Avec 15 %, le Portugal vient en tête, suivi de l'Allemagne (13 %), de l'Italie (11 %), de la France, de l'Espagne et de la Serbie avec chacun 9 %. Hors d'Europe, la Thaïlande est la destination préférée des retraités⁶.

Actuellement, un peu plus d'un tiers des retraites suisses sont versées à l'étranger : environ 34 % des bénéficiaires de rentes de vieillesse et de survivants de l'AVS vivent à l'étranger, soit 968'000 personnes dont 15 % de Suisses. Mais seulement 15 % (7,3 milliards de francs) de la somme totale de ces rentes de vieillesse et de survivants de l'AVS (48,5 milliards) sont perçus par des Suisses et par des étrangers résidant hors des frontières helvétiques. Ce pourcentage, relativement faible par rapport au nombre de bénéficiaires, s'explique par une durée de cotisation incomplète, fréquente chez les personnes vivant à l'étranger. Au total, environ 82 % de la somme totale des rentes AVS ont été versées à des Suisses qui résident soit en Suisse, soit à l'étranger (29 %)⁷.

Sur les 251'000 rentes d'invalidité versées par l'AI, 223'700 l'ont été en Suisse et 27'400 à l'étranger ; les données sur les nouveaux bénéficiaires de rentes AI étaient les suivantes : 14'900 Suisses (dont 14'600 en Suisse et 300 à l'étranger) ; 7'400 ressortissants étrangers (dont 5'500 en Suisse et 1'900 à l'étranger)⁸.

S'agissant du 2^e pilier en particulier, il n'existe pas de statistiques publiées spécifiques sur les rentes LPP à l'étranger. Signalons cependant la statistique suivante : parmi les 45'290 bénéficiaires d'une nouvelle rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle (caisses de pensions et institutions de libre passage), 41'034 étaient de nationalité suisse et 4'256 de nationalité étrangère⁹.

3. Dispositions applicables aux différentes situations des Suisses de l'étranger

Plusieurs cas de figure sont envisageables en fonction de la situation individuelle des Suisses à l'étranger :

⁶ Pour davantage de données statistiques détaillées, voir les articles suivants:

[Prendre sa retraite à l'étranger ? - Soziale Sicherheit CHSS](#)

[Environ un tiers des retraités touchent leurs rentes AVS à l'étranger - rts.ch - Suisse](#)

Ainsi que les pages internet suivantes:

[Toujours plus de Suisses vivent à l'étranger, surtout en Europe - Suisses de l'étranger en 2023 | Communiqué de presse | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Suisses de l'étranger | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Suisses de l'étranger selon le pays de résidence \(Monde - Pays et dépendances\) | Carte | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Migration internationale | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Statistiques sur les Suissesses et Suisses de l'étranger \(admin.ch\)](#)

[Croissance démographique soutenue en Suisse en 2023 - Évolution et mouvement naturel de la population en 2023: résultats provisoires | Communiqué de presse | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Jamais il n'y a eu autant de Suisses à l'étranger - SWI swissinfo.ch](#)

[Où émigrent les Suisses? - SWI swissinfo.ch](#)

⁷ [Statistique de l'AVS 2023 \(rapport annuel, en particulier pp. 2, 3 et 4\)](#)

[Statistique de l'AVS \(admin.ch\)](#)

⁸ [Statistique de l'AI 2023 \(rapport annuel, en particulier pp. 1, 3 et 7\)](#)

[Statistique de l'AI \(admin.ch\)](#)

⁹ [Bénéficiaires d'une nouvelle rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle \(caisses de pensions et institutions de libre passage\) et montant mensuel par personne, selon la nationalité et le sexe - 2015-2022 | Tableau | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

Voir aussi :

[Statistique des nouvelles rentes 2022 | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

Ainsi que :

[Prévoyance professionnelle | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

[Statistiques de la prévoyance professionnelle et du 3e pilier \(admin.ch\) \(OFAS\)](#)

3.1 Versement en espèces de la prestation de sortie en cas de départ de Suisse pour l'étranger

Il y a tout d'abord le cas des Suisses qui décident de quitter leur pays pour aller vivre à l'étranger. Ils peuvent demander le **versement en espèces** de leur prestation de sortie à condition qu'ils arrêtent de travailler en Suisse et qu'ils sortent donc de l'institution de prévoyance de leur dernier employeur en Suisse. Pour qu'il s'agisse d'un **départ** définitif de Suisse au sens de l'[art. 5 al. 1 let. a LFLP](#), il faut qu'ils ne soient plus assurés à la LPP et qu'ils n'habitent plus sur le sol helvétique¹⁰. De plus, l'institution de prévoyance doit vérifier qu'un retour en Suisse n'est pas déjà prévu à court terme. En effet, si la personne assurée a d'ores et déjà planifié avec certitude de revenir en Suisse à brève échéance, il ne s'agira pas d'un départ définitif et l'institution de prévoyance ne devrait alors pas octroyer le versement en espèces.

Le versement en espèces est toutefois soumis à restriction en cas de départ pour **l'Union européenne/Association européenne de libre-échange (UE/AELE) d'après l'[art. 25f LFLP](#)**: le versement en espèces est alors exclu pour la partie obligatoire LPP et donc seulement possible pour la partie surobligatoire. La partie obligatoire LPP doit rester bloquée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage en Suisse jusqu'à 5 ans avant l'âge ordinaire de la retraite (60 ans).

Par contre, en cas de départ pour un pays **en dehors de l'UE/AELE**, ils ont droit au versement en espèces de la totalité de l'avoir de prévoyance (ou de la prestation de sortie). Par exemple, ils peuvent demander un versement intégral en cas de départ définitif pour le Royaume-Uni (UK), suite au Brexit.

Le versement en espèces se justifie dans la mesure où il n'y a pas de système de libre passage international, sauf entre la Suisse et la Principauté du Liechtenstein. Il ne peut donc pas y avoir de transfert direct de prestation de libre passage depuis une institution en Suisse vers un fonds de pensions à l'étranger, à l'exception du Liechtenstein. Par contre, la personne qui a obtenu un versement en espèces pour cause de départ définitif de Suisse pourra utiliser librement ce versement en espèces, par exemple pour effectuer un rachat dans un fonds de pensions à l'étranger si la loi et le règlement à l'étranger permettent un tel rachat.

Il peut aussi y avoir le cas particulier des Suisses qui deviennent **frontaliers**¹¹: ils continuent de travailler en Suisse mais ils ont déménagé de l'autre côté de la frontière dans un Etat limitrophe de la Suisse. Dans ce cas, ils continuent d'être assurés à l'institution de prévoyance de leur employeur en Suisse. Ils ne pourront demander le versement en espèces (avec la restriction pour l'UE/AELE) que s'ils arrêtent de travailler en Suisse et s'ils continuent d'habiter hors de Suisse. Ces frontaliers suisses peuvent, par contre, demander un versement anticipé de leur 2^e pilier pour devenir propriétaire de leur logement principal dans un pays voisin de la Suisse (il ne doit donc pas s'agir d'une résidence secondaire ou d'un logement de vacances). Ajoutons que les frontaliers qui font du **télétravail** dans leur pays de résidence restent en principe assujettis aux assurances sociales en Suisse (Etat du siège de l'employeur), notamment à la LPP, à condition que leur taux de télétravail ne dépasse pas un certain pourcentage¹².

3.2 Prestation de vieillesse sous forme de rente ou de capital

Par ailleurs, les Suisses en partance pour l'étranger qui vont bientôt atteindre l'âge légal ou réglementaire ouvrant le droit à la prestation de vieillesse peuvent requérir le versement de leur **retraite** sous forme de rente ou de capital ([art. 13 et 37 LPP](#)). En outre, les personnes titulaires d'un compte de libre passage ou d'une police de libre passage peuvent demander sans restriction dès l'âge de 60 ans le versement de la totalité de leur avoir déposé auprès d'une fondation de libre passage en Suisse ([art. 16 OLP](#)).

3.3 Poursuite de l'assurance LPP

Dans un troisième cas de figure, il est possible que des Suisses **continuent d'être assurés à la LPP** tout en travaillant à l'étranger. En effet, il peut y avoir continuation de l'assurance LPP

¹⁰ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96 ch. 567 pt. 2.1 p. 3.](#)

¹¹ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 150 ch. 1012 \(excursus\).](#)

¹² Pour plus de détails, voir la page internet suivante de l'OFAS :

[Implications du télétravail/travail à domicile sur la sécurité sociale dans un contexte international \(admin.ch\)](#)

soit obligatoirement, soit facultativement, cela **en connexité** avec le maintien de l'assurance **AVS** obligatoire ou facultative. Si une personne à l'étranger continue d'être assurée à l'AVS à titre obligatoire ou facultatif, il y aura aussi simultanément une assurance LPP soit obligatoire, soit facultative dont elle pourra bénéficier à certaines conditions en cas d'activité professionnelle à l'étranger. La LPP est ainsi étroitement liée à l'AVS, le 2^e pilier étant le complément du 1^{er} pilier ([art. 4 al. 1](#) et [art. 5 al. 1 LPP](#) ainsi que l'[art. 7 al. 2 LPP](#) notamment)¹³.

L'assurance **AVS obligatoire** est notamment régie par l'[art. 1a al. 1 let. c LAVS](#), d'après lequel sont assurés les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger:

1. au service de la Confédération,
2. au service d'organisations internationales avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu un accord de siège et qui sont considérées comme employeurs au sens de l'art. 12,
3. au service d'organisations d'entraide privées soutenues de manière substantielle par la Confédération en vertu de l'art. 11 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales.

Ainsi, les Suisses à l'étranger qui remplissent les conditions fixées par les ch. 1, 2 ou 3 de l'art. 1a al. 1 LAVS seront assurés **obligatoirement** à l'AVS mais également assujettis obligatoirement à la LPP. On pense notamment aux diplomates suisses ou aux Suisses qui travaillent pour le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ou d'autres organisations.

Il existe aussi une possibilité d'assurance « **continué** » dans l'AVS. Selon l'[art. 1a al. 3 let. a et b LAVS](#), peuvent rester assurés:

- a. les personnes qui travaillent à l'étranger pour le compte d'un employeur dont le siège est en Suisse et qui sont rémunérées par lui, pour autant qu'il y consente (voir aussi l'[art. 5 RAVS](#));
- b. les étudiants sans activité lucrative qui quittent leur domicile en Suisse pour effectuer leur formation à l'étranger, jusqu'au 31 décembre de l'année où ils ont 30 ans (voir aussi l'[art. 5g RAVS](#)).

Pour les Suisses de l'étranger qui remplissent les critères légaux susmentionnés, il y a donc une possibilité d'assurance continuée à l'AVS. Une telle assurance n'est cependant possible que si l'employeur donne son consentement dans le cas de la let. a. De plus, d'après l'[art. 5 RAVS](#), les personnes qui travaillent à l'étranger pour un employeur en Suisse peuvent continuer l'assurance si elles ont été soumises à l'AVS, pendant cinq années consécutives au moins, immédiatement avant le début de l'activité à l'étranger ou le terme d'une période de détachement admise par une convention internationale. Elles doivent donc avoir été assurées à l'AVS parce qu'elles travaillaient préalablement en Suisse ou comme personnes salariées dans le contexte d'un détachement réglementé par un traité international. En cas d'assurance continuée à l'AVS, il y aura aussi une possibilité d'assurance continuée à la LPP pour les personnes qui travaillent à l'étranger pour le compte d'un employeur dont le siège est en Suisse et qui sont rémunérées par celui-ci. Un Suisse expatrié avec une entreprise suisse pourra donc continuer d'être assuré à la LPP suisse du moment qu'il continue d'être assuré à l'AVS suisse et si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit une telle possibilité (par contre, s'il est expatrié pour un employeur qui n'a pas son siège en Suisse, il n'aura en principe pas une telle possibilité mais sera en principe assujetti au système de sécurité sociale du pays dans lequel il travaille). Il y a aussi une possibilité d'assurance continuée dans l'AVS pour la personne sans activité lucrative qui accompagne à l'étranger son conjoint assuré ([art. 1a al. 4 let. c LAVS](#) et [art. 5j RAVS](#)). Mais comme cette personne n'exerce pas d'activité lucrative, elle ne peut pas être assurée à la LPP.

En outre, il y a également une possibilité d'assurance « **facultative** » selon l'[art. 2 al. 1 LAVS](#): la possibilité d'adhérer à l'assurance facultative AVS vaut seulement **hors de l'UE/AELE**. Elle est donc réservée aux Suisses et aux ressortissants de l'UE/AELE qui vivent dans un Etat non membre de l'UE/AELE. Les conditions pour adhérer à l'assurance facultative AVS/AI sont les suivantes selon les [art. 2 al. 1 LAVS](#) et [1b LAI](#):

¹³ Cf. également [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 125 ch. 815](#); voir aussi les Bulletins de la prévoyance professionnelle [n° 66, ch. 400](#) et [n° 117 ch. 733](#).

- Avoir la nationalité suisse ou celle d'un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE);
- Résider hors de l'UE ou de l'AELE;
- Avoir été assuré pendant au moins 5 années consécutives à l'AVS/AI immédiatement avant la sortie de l'AVS/AI obligatoire;
- Déposer la demande d'adhésion au plus tard 12 mois après la sortie de l'AVS/AI obligatoire¹⁴.

Pour les ressortissants suisses ou de l'UE/AELE qui résident et qui travaillent hors de l'UE/AELE, il y a aussi une possibilité d'adhérer à l'assurance facultative 2^e pilier, en plus de leur assurance facultative AVS. Ils peuvent rester assurés soit auprès de leur dernière institution de prévoyance en Suisse si le règlement le permet, soit auprès de la Fondation institution supplétive LPP si les conditions réglementaires de celle-ci sont remplies¹⁵.

Il faut également réserver les conventions de sécurité sociale : les employés expatriés par une entreprise ayant son siège en Suisse dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu une convention de sécurité sociale sont en principe assujettis au système de sécurité sociale du pays dans lequel ils travaillent. Exceptionnellement, ils peuvent demeurer assurés dans le pays de provenance en cas de détachement temporaire, lorsque les conditions du détachement sont remplies. Les conventions de sécurité sociale ont un effet indirect¹⁶ sur la prévoyance professionnelle : dans la mesure où elles déterminent le droit applicable en matière d'assurance obligatoire vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI), elles entraînent l'assurance à la LPP si le droit applicable, déterminé selon la convention de sécurité sociale topique, est le droit suisse.

Un **maintien de l'assurance** serait aussi envisageable sur la base des conditions prévues par les [art. 47](#) et [47a LPP](#). D'après l'art. 47 al. 1, LPP, l'assuré qui cesse d'être assujéti à l'assurance obligatoire peut maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment, soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent, soit auprès de l'institution supplétive¹⁷.

Il existe aussi une possibilité de maintien de la prévoyance professionnelle selon l'[art. 47a LPP](#) pour les personnes qui sont **licenciées** par leur employeur alors qu'elles ont déjà atteint l'âge de **58 ans**. Ainsi, les Suisses qui sont licenciés par leur employeur en Suisse et qui vont ensuite vivre à l'étranger pourraient ainsi maintenir leur prévoyance selon l'art. 47a LPP auprès de leur dernière institution de prévoyance en Suisse, à condition de rester assurés à l'AVS facultativement (étant rappelé que l'assurance facultative AVS n'est possible qu'en dehors de l'UE/AELE)¹⁸.

3.4 Congé sabbatique

Quant aux Suisses qui décident de prendre un congé sabbatique non payé à l'étranger, ils doivent être conscients que l'assurance obligatoire LPP est alors suspendue et que la couverture d'assurance pour

¹⁴ Liens internet sur l'assurance facultative AVS/AI :

[Adhérer à l'AVS/AI facultative \(admin.ch\)](#)

[AVS / AI \(admin.ch\)](#)

[Ordonnance concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative \(OAF\)](#)

[Mémento d'information 10.01.f \(ahv-iv.ch\) Salariés à l'étranger et les membres de leur famille](#)

¹⁵ Voir également ci-dessous note de bas de page n° 17.

¹⁶ Bettina Kahil-Wolff, Droit social européen, Union européenne et pays associés, Schulthess, Genève 2017, N 1269.

Voir aussi Anne Troillet/Céline Moullet, « La prévoyance professionnelle des expatriés : questions choisies », in : Piliers du droit social, Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, IDAT, Lausanne, 2019, pp. 191-206, en particulier p. 195.

¹⁷ Voir aussi le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 163 ch. 1134](#).

Cf. également [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 110 ch. 677](#) et «Prévoyance et impôts» publié par la Conférence suisse des impôts aux éditions Cosmos, cas d'application A.5.4.1.

ainsi que les [Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 2 ch. 13 et n° 24 ch. 149](#).

Le maintien selon l'art. 47 LPP est notamment possible auprès de l'Institution supplétive LPP aux conditions fixées par les plans de prévoyance WG20 et WO20 (il faut notamment resté assuré à l'AVS) : [Règlements de prévoyance - Stiftung Aufgangeinrichtung BVG \(aeis.ch\)](#).

¹⁸ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 159 ch. 1089 p. 13](#).

les risques invalidité et décès prend fin en principe un mois après le dernier versement de salaire (art. 10 LPP). Toutefois, les institutions de prévoyance prévoient souvent dans leur règlement une continuation de l'assurance durant le congé sabbatique, avec une couverture plus étendue et une éventuelle poursuite facultative du paiement par l'employeur de sa part de cotisation pendant une certaine durée. Voir par exemple l'[art. 18a du Règlement de Publica](#) (en relation avec l'[art. 88d OPers](#)). A défaut d'une telle possibilité, la personne pourrait s'assurer à ses frais selon l'art. 47 LPP.

3.5 Retrait pour l'acquisition de la propriété d'un logement (EPL)

Les Suisses de l'étranger qui sont assurés (obligatoirement ou facultativement) auprès d'une institution de prévoyance suisse peuvent demander un retrait de leur 2^e pilier pour financer l'acquisition de la propriété de leur **logement à l'étranger**. Le versement anticipé selon l'[art. 30c LPP](#) est en effet aussi admissible pour un logement situé à l'étranger mais il doit s'agir de la **résidence principale** de la personne assurée, à l'exclusion d'un logement de vacances ou d'une résidence secondaire¹⁹. Peuvent notamment en bénéficier les frontaliers suisses. Les Suisses en partance pour l'étranger peuvent, à notre avis, eux aussi demander à leur institution de prévoyance un retrait EPL afin de financer l'acquisition de leur futur logement principal à l'étranger. Un retrait EPL serait également possible pour les Suisses de l'étranger qui disposent d'un compte ou d'une police auprès d'une institution de libre passage en Suisse (mais en principe ils pourront déjà demander un versement en espèces, de sorte qu'un retrait EPL n'aura qu'un rôle subsidiaire ; rappelons que le versement en espèces est soumis à restriction en cas de départ pour l'UE/AELE, contrairement au retrait EPL).

3.6 Suisses de l'étranger n'ayant jamais résidé en Suisse ni travaillé pour un employeur suisse

Les Suisses de l'étranger qui n'ont jamais travaillé pour un employeur helvétique ne seront donc pas assujettis à la LPP, étant donné qu'ils ne remplissent pas les conditions d'assurance exposées au ch. 3.3 ci-dessus. En d'autres termes, les Suisses qui n'ont jamais vécu en Suisse et qui ont toujours travaillé pour un employeur étranger seront en principe assujettis au système de sécurité sociale de l'Etat où ils travaillent. Ils n'auront donc en principe pas de lien avec la LPP suisse, sauf s'ils étaient éventuellement bénéficiaires de prestations de prévoyance vis-à-vis d'une institution de prévoyance ou d'une institution de libre passage en Suisse.

3.7 Bénéficiaires de prestations de prévoyance

Il est en effet envisageable que des Suisses à l'étranger et/ou leur famille soient **bénéficiaires** de prestations de prévoyance. Par exemple, lorsqu'un Suisse décède alors qu'il était assuré auprès d'une institution de prévoyance en Suisse (assuré actif ou rentier) ou qu'il disposait d'un avoir de prévoyance auprès d'une institution de libre passage helvétique, les personnes suivantes en Suisse ou à l'étranger pourront bénéficier, le cas échéant, de prestations de prévoyance si elles remplissent les conditions fixées par le droit suisse de la prévoyance professionnelle et par le règlement de prévoyance de l'institution concernée : conjoint survivant, partenaire enregistré survivant, enfants orphelins et autres bénéficiaires tels que concubin/concubine, frères et sœurs, parents, héritiers légaux en vertu des [art. 19, 19a, 20, 20a LPP](#) et [15 OLP](#). A ce propos, il convient de rappeler que les rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité doivent aussi être versées à l'étranger aux bénéficiaires suisses et étrangers²⁰.

On pense également aux Suisses qui sont bénéficiaires d'une rente de vieillesse ou d'une rente d'invalidité et qui ont en Suisse ou à l'étranger des enfants encore mineurs, en apprentissage ou aux études. D'après les art. [17, 20, 22](#) et [25 LPP](#), les bénéficiaires d'une rente de vieillesse ou d'une rente d'invalidité ont droit à une rente complémentaire pour chaque **enfant** qui, à leur décès, aurait droit à une rente d'orphelin ; les enfants du défunt ont droit à une rente d'orphelin; il en va de même des enfants recueillis lorsque le défunt était tenu de pourvoir à leur entretien. Ces différentes dispositions légales

¹⁹ Sur les exigences de preuve à ce sujet, voir les Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 31 ch. 180, n° 32 ch. 188, n° 55 ch. 329, n° 132 ch. 864 et n° 135 ch. 864 rassemblés dans la [compilation « logement »](#).

²⁰ Bulletins de la prévoyance professionnelle [n° 85 ch. 491](#) et [n° 129 ch. 846](#).

suisses devront donc être prises en considération lorsqu'un assuré suisse s'est marié ou a des enfants en Suisse ou à l'étranger.

Il est à relever qu'une motion²¹ adoptée par le Conseil national le 7 mars 2024 prévoit de supprimer les **rentes pour enfants de retraités** dans l'AVS et la prévoyance professionnelle et de les remplacer par des prestations complémentaires qui permettraient d'apporter un soutien supplémentaire aux retraités ayant des enfants à charge. Seules les rentes d'orphelins AVS/LPP et les rentes pour enfants versées en cas d'invalidité (AI) d'un des parents seraient maintenues. De plus, les rentes déjà octroyées et en cours de versement ne seraient pas touchées et bénéficieraient donc de la garantie des droits acquis. Dans son avis du 21 février 2024 en réponse à cette motion, le Conseil fédéral avait proposé de rejeter cette motion car elle pénaliserait les enfants dont les parents ont atteint l'âge de la retraite²².

Quant au Tribunal fédéral, il avait admis le droit de l'assuré invalide à une rente complémentaire pour les enfants qu'il a recueillis. En l'occurrence, le TF avait reconnu à l'assuré le droit de pouvoir bénéficier d'une rente complémentaire pour les enfants de son épouse restés en Thaïlande et avait relevé que, malgré l'éloignement géographique, l'assuré pourvoyait à l'entretien quotidien des enfants²³.

Il faudrait, le cas échéant, aussi songer aux répercussions que pourrait avoir un **divorce** prononcé à l'étranger (ou en Suisse) sur la prévoyance d'un Suisse assuré actif ou pensionné auprès d'une institution de prévoyance helvétique. Des Suisses de l'étranger pourraient donc aussi être concernés par les dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce²⁴. Il faut notamment souligner que, depuis le 1^{er} janvier 2017, les tribunaux suisses sont seuls compétents pour rendre la décision relative aux avoies de prévoyance suisses même lorsque le divorce est prononcé à l'étranger ([art. 64, al. 1bis, LDIP](#))²⁵.

3.8 Retour en Suisse (ou arrivée en Suisse pour la première fois)

Il faut également envisager la situation des Suisses qui **rentrent au pays** après avoir séjourné à l'étranger. Il peut aussi s'agir de Suisses de l'étranger qui **arrivent pour la première fois en Suisse**, après être nés et avoir toujours séjourné à l'étranger.

Tout d'abord, les personnes qui ont obtenu un versement en espèces lors de leur départ à l'étranger ne seront **en principe pas tenues de rembourser** un tel versement.

En cas de retour en Suisse ou d'arrivée en Suisse pour la première fois, il ne devrait pas y avoir non plus d'obligation de rembourser le versement anticipé pour la propriété du logement, sauf en cas de revente du logement qui avait été acquis à l'étranger au moyen de l'EPL ([art. 30d al. 1 LPP](#)).

Par ailleurs, si la personne (re)commence à **travailler en Suisse**, elle sera **assujettie à la LPP** auprès de l'institution de prévoyance de son employeur en Suisse si son salaire annuel dépasse le seuil minimal LPP qui s'élève actuellement 22'050 francs par année (valeur 2024). Dans un premier cas de figure, le ressortissant suisse en provenance de l'étranger sera assuré pour la première fois à la LPP en Suisse après avoir toujours séjourné à l'étranger. Dans un second cas de figure probablement plus fréquent, le ressortissant suisse sera de retour au pays et recommencera à travailler en Suisse : il sera alors de nouveau assuré à la LPP suisse après avoir déjà été assuré à une institution de prévoyance helvétique avant son départ à l'étranger. La distinction entre ces deux cas a notamment une importance en ce qui concerne le **rachat**. En effet, selon l'[art. 60b al. 1 OPP 2](#) (basé sur l'[art. 79b al. 2 let. a LPP](#)), « la somme de rachat annuelle versée par les personnes arrivant de l'étranger qui n'ont jamais été affiliées à une

²¹ [Lien Curiavista motion 24.3004](#) du 18 janvier 2024 « Suppression des rentes pour enfants et augmentation simultanée des prestations complémentaires pour les parents avec obligation d'entretien » déposée par la Commission de sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national. Cf. également [Bulletin officiel du Conseil national du 7 mars 2024](#).

²² Voir le lien Curiavista cité à la note précédente.

²³ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 138 ch. 916](#) (arrêt [9C 340/2014](#)).

²⁴ Voir notamment les [art. 22 ss LFLP](#) et les Bulletins de la prévoyance professionnelle n° [140](#), [142](#), [143](#), [144](#) et [147](#).

²⁵ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 147 ch. 985](#) questions 3 et 4.

institution de prévoyance en Suisse ne doit pas dépasser, pendant les cinq années qui suivent leur entrée dans l'institution de prévoyance suisse, 20 % du salaire assuré tel qu'il est défini par le règlement. Après l'échéance du délai de cinq ans, l'institution de prévoyance doit permettre à l'assuré qui n'aurait pas encore racheté la totalité des prestations réglementaires de procéder à ce rachat »²⁶. Ainsi, les Suisses qui reviennent de l'étranger **après avoir déjà été assurés précédemment à une institution de prévoyance helvétique** ne seront pas soumis au délai d'attente de 5 ans pour effectuer des rachats supérieurs à 20 % du salaire assuré. Par contre, ce délai d'attente de 5 ans s'appliquera aux Suisses de l'étranger **qui arrivent pour la première fois en Suisse et qui n'ont jamais été assurés à une institution de prévoyance suisse** auparavant (il s'appliquerait aussi aux ressortissants suisses qui ont vécu en Suisse avant leur départ mais qui n'y étaient pas assurés à la LPP pour des raisons d'âge ou de montant de salaire). Ces derniers pourront effectuer des rachats sans limitation, une fois les 5 ans écoulés.

Rappelons également qu'il ne pourra pas y avoir de transfert d'avoir de libre passage depuis un fonds de pensions étranger vers une institution de prévoyance ou de libre passage en Suisse, sauf entre la Principauté du Liechtenstein et la Suisse²⁷.

Quant aux « Qualifying Recognized Overseas Pension Scheme » (**QROPS**) du Royaume-Uni, ils ne sont pas considérés comme des prestations de libre passage mais plutôt comme des rachats non déductibles fiscalement d'après la disposition de l'[art. 60b al. 2 OPP 2](#). La procédure est neutre du point de vue fiscal : d'un côté le versement/transfert n'est pas imposé et, de l'autre, il n'est pas possible de déduire le rachat du revenu imposable²⁸. Le délai d'attente de 5 ans avec la limitation des 20 % ne s'applique pas aux QROPS d'après l'[art. 60b al. 2 OPP 2](#). Toutefois, les QROPS ne sont plus guère utilisés en pratique et deviennent de plus en plus rares. En effet, seules deux fondations suisses sont reconnues et enregistrées comme QROPS au Royaume-Uni et peuvent donc recevoir en Suisse des montants en provenance de fonds de pensions britanniques.

Par ailleurs, si un Suisse de l'étranger revenait en Suisse à l'âge de la retraite, il pourrait alors demander une **prestation de vieillesse** à condition qu'il soit assuré auprès d'une institution de prévoyance helvétique jusqu'au moment d'atteindre l'âge de la retraite et s'il n'a pas déjà commencé à percevoir sa pension de retraite. De même, s'il a laissé un compte de libre passage ou une police de libre passage en Suisse au moment de son départ à l'étranger, il pourrait demander le versement de ce capital de libre passage à titre de prestation de vieillesse. Il serait aussi envisageable qu'un Suisse en provenance de l'étranger fasse valoir un éventuel droit d'être **bénéficiaire** de prestation (notamment capital-décès, etc.) auprès d'une institution de prévoyance ou de libre passage en Suisse si les conditions légales et réglementaires étaient remplies (voir ci-dessus ch. 3.7).

4. Conclusion

S'agissant des ressortissants suisses à l'étranger, il y a une grande diversité de situations auxquelles peuvent s'appliquer différentes dispositions de la LPP et de la LFLP en fonction des parcours de vie de chacun et chacune. L'auteur espère que le présent article pourra leur être utile pour leur prévoyance professionnelle.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 162

²⁶ Le commentaire de cette disposition a été publié dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 83 ch. 484 pp. 21-22](#). Voir aussi le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 86 ch. 501 p. 8](#).

²⁷ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96 ch. 567 pt. 3 p. 4](#).

²⁸ [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 120 ch. 765 p. 7](#), commentaire de l'art. 60b al. 2 OPP 2.

Prise de position

1124 Questions-réponses sur les modifications de la prévoyance professionnelle introduites par la réforme AVS 21

La réforme AVS 21 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Comme dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 161, ch. 1111](#), les effets de la réforme AVS 21 sur la prévoyance professionnelle sont présentés ci-après sous forme de questions-réponses.

1. Une personne assurée qui a pris une retraite anticipée peut-elle racheter l'intégralité des prestations réglementaires dans une nouvelle institution de prévoyance ?

Reposant sur une pratique déjà en vigueur (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 91, ch. 527](#)), l'art. 60a, al. 4, OPP 2, précise désormais les possibilités de rachat des personnes assurées qui, avant l'âge de référence, perçoivent une rente de vieillesse ou ont déjà perçu une prestation de vieillesse en capital de la prévoyance professionnelle.

Une personne assurée qui reprend une activité professionnelle après une retraite anticipée a, dans certains cas, la possibilité de racheter des prestations réglementaires. Afin d'éviter une surassurance, la personne assurée ne peut racheter que les prestations réglementaires visées à l'art. 79b, al. 1, LPP, qui excèdent la prévoyance antérieure à la survenance du cas de prévoyance dans l'institution de prévoyance précédente. Pour le calcul de la somme de rachat, la nouvelle institution de prévoyance doit donc imputer l'avoir de vieillesse qui était disponible à l'échéance des prestations de vieillesse.

Exemple 1 : une personne assurée quitte l'employeur A à l'âge de 60 ans. Ayant épargné, à un taux d'occupation de 100 %, un avoir de vieillesse de 400 000 francs, elle perçoit l'intégralité de sa prestation de vieillesse. À l'âge de 63 ans, elle décide de reprendre une activité à 50 % auprès du nouvel employeur B. Selon le plan de prévoyance et le règlement de la nouvelle institution de prévoyance B, la personne assurée dispose d'un potentiel de rachat de 100 000 francs. Afin d'éviter une surassurance, l'institution de prévoyance B doit imputer l'avoir de vieillesse déjà perçu de 400 000 francs sur le nouveau potentiel de rachat de 100 000 francs. Par conséquent, dans ce cas, il n'est plus possible d'effectuer des rachats.

Après une retraite partielle, le potentiel de rachat est déjà calculé sur la base du salaire restant, plus faible. L'avoir de vieillesse utilisé pour la retraite partielle ne peut dès lors pas faire l'objet d'une déduction supplémentaire.

Exemple 2 : à l'âge de 60 ans, la personne assurée prend une retraite partielle auprès de l'employeur A ; elle perçoit une prestation de vieillesse correspondant à 50 % de son avoir de vieillesse (200 000 francs). Avant la retraite partielle, le potentiel de rachat s'élevait à 150 000 francs. Après la retraite partielle, le nouveau potentiel de rachat est calculé sur la base du salaire restant (taux d'occupation de 50 %), d'après le plan de prévoyance et le règlement de l'institution de prévoyance A. La personne dispose donc encore d'un potentiel de rachat de 75 000 francs. Comme le taux d'occupation n'augmente pas après la retraite partielle, l'institution de prévoyance A ne peut pas déduire en plus l'avoir de vieillesse de 200 000 francs perçu par la personne assurée.

En conclusion, en ce qui concerne les personnes qui font usage des nouvelles possibilités de retraite partielle, la réglementation vise donc, d'une part, à ne pas les placer dans une situation moins favorable pour ce qui est des possibilités de rachat et, d'autre part, à éviter une surassurance.

2. Une institution de prévoyance peut-elle continuer à prélever des contributions pour frais d'administration auprès d'assurés qui ajournent le versement des prestations de vieillesse sans payer de cotisations (art. 13, al. 2, LPP) ?

En cas d'ajournement des prestations de vieillesse au sens de l'art. 13, al. 2, LPP, la personne assurée reste en principe dans le même plan de prévoyance qu'avant qu'elle n'ait atteint l'âge de référence et avant l'ajournement des prestations, à ceci près qu'elle ne paie plus de cotisations de vieillesse et de risque. Si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit expressément que les salariés paient une

partie des contributions pour frais d'administration, celles-ci peuvent toujours être prélevées. Cependant, l'OFAS estime qu'il ne serait pas admissible que ces contributions soient prélevées uniquement auprès des assurés qui ajournent leur prestation de vieillesse, alors que pour les assurés actifs, par exemple, l'employeur doit payer la totalité des contributions pour frais d'administration. Il est primordial que tous les assurés soient traités sur un pied d'égalité.

3. En cas d'ajournement de la prestation de vieillesse au sens de l'art. 13, al. 2, LPP, l'avoir de vieillesse doit-il toujours être rémunéré ?

Oui. Comme la possibilité d'ajourner la perception de la rente est partie intégrante des prescriptions minimales LPP, l'avoir de vieillesse visé à l'art. 15, al. 1, LPP doit être rémunéré, en vertu de l'art. 15, al. 2, LPP, durant toute la période d'ajournement (cf. [Message relatif à la stabilisation de l'AVS \(AVS 21\)](#), commentaire de l'art. 13, al. 2, LPP).

4. Selon le nouvel art. 16 OLP, jusqu'à quand au plus tard les assurés doivent-ils retirer leur avoir de prévoyance de l'institution de libre passage ?

En vertu de la disposition transitoire relative à l'art. 16 OLP, une personne peut différer le versement de son avoir de libre passage jusqu'à cinq ans après avoir atteint l'âge de référence, mais au plus tard en 2029, et ce, même si elle n'exerce plus d'activité lucrative. Ce n'est qu'ensuite que le nouvel art. 16 OLP est applicable : il prévoit que l'avoir de libre passage d'une personne ne peut être ajourné après qu'elle a atteint l'âge de référence que si elle continue d'exercer une activité lucrative.

Exemple pour les personnes qui n'appartiennent pas à la génération transitoire :

Une femme, née en avril 1959, atteint l'âge de référence en avril 2023, à 64 ans. Même si elle n'exerce pas d'activité lucrative après ses 64 ans, elle peut maintenir son compte de libre passage en vertu de la disposition transitoire. Dans la mesure où elle a atteint l'âge de référence en avril 2023, elle doit donc retirer son compte de libre passage au plus tard à fin avril 2028.

Un homme, né en avril 1959, atteint l'âge de référence en avril 2024, à 65 ans. Même s'il n'exerce pas d'activité lucrative après ses 65 ans, il peut maintenir son compte de libre passage en vertu de la disposition transitoire. Dans la mesure où il a atteint l'âge de référence en avril 2024, il doit donc retirer son compte de libre passage au plus tard à fin avril 2029.

5. Effet de la disposition transitoire relative à l'art. 16 OLP pour les années 2024-2034, avec ou sans activité lucrative

Tous les assurés qui n'exercent plus d'activité lucrative après avoir atteint l'âge de référence doivent retirer leur avoir de libre passage jusqu'à 5 ans après l'avoir atteint, mais au plus tard en 2029 (et ce, même s'il ne s'est pas encore écoulé 5 ans depuis qu'ils l'ont atteint). Comme l'âge de référence des femmes sera relevé de manière échelonnée, le moment de la perception de la prestation de vieillesse est différent pour les femmes et les hommes.

Femmes:

Année de naissance	sans activité lucrative, perception au plus tard en 2029 à l'âge de	avec activité lucrative, perception au plus tard à l'âge de
1960	69 ans	69 ans (2029)
1961	68 ans	69 ans et 3 mois (2030/31)
1962	67 ans	69 ans et 6 mois (2031/32)
1963	66 ans	69 ans et 9 mois (2032/33)
1964	65 ans	70 ans (2034)

Hommes :

Année de naissance	sans activité lucrative, perception au plus tard en 2029 à l'âge de	avec activité lucrative, perception au plus tard à l'âge de
1960	69 ans	70 ans
1961	68 ans	70 ans
1962	67 ans	70 ans
1963	66 ans	70 ans
1964	65 ans	70 ans

Exemples :

La prestation de libre passage d'une femme née le 30 novembre 1961 doit lui être versée le 31 décembre 2029, dans le cas où elle n'exerce plus d'activité lucrative. Si elle en exerce encore une, elle devra percevoir sa prestation de vieillesse au plus tard le 28 février 2031 (à l'âge de 69 ans et 3 mois).

La prestation de libre passage d'un homme né le 30 novembre 1961 devra lui être versée le 31 décembre 2029, dans le cas où il n'exerce plus d'activité lucrative. S'il en exerce encore une, il devra percevoir sa prestation de vieillesse au plus tard le 30 novembre 2031 (à l'âge de 70 ans).

6. Est-ce que la nouvelle règle pour le retrait des avoirs de libre passage concerne tous les comptes de libre passage ?

La nouvelle règle s'applique pour le retrait de tous les comptes de libre passage, indépendamment de leur date d'ouverture. Si un compte de libre passage a été ouvert avant l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 16 OLP, cette modification est également applicable. Sauf poursuite d'une activité lucrative, tous les avoirs de libre passage doivent donc être versés à 65 ans au plus tard.

7. Le terme « prestations de vieillesse » mentionné à l'art. 60a, al. 4, OPP 2, englobe-t-il également les institutions de libre passage ?

Le but de l'art. 60a, al. 4, OPP 2, est d'éviter qu'une personne qui a déjà perçu des prestations de vieillesse puisse effectuer des rachats importants sans qu'il ne soit tenu compte des prestations déjà perçues. La rédaction de cette disposition, qui ne parle que de « prestations de vieillesse » sans désignation des institutions de prévoyance, doit être comprise pour l'ensemble des prestations de vieillesse du 2^e pilier versées, à savoir celles des institutions de prévoyance et des fondations de libre passage. Si l'on ne tenait compte que des prestations de vieillesse perçues auprès d'une institution de prévoyance, on créerait alors une différence de traitement entre les prestations de vieillesse perçues d'une institution de prévoyance et celles perçues d'une fondation de libre passage.

Prise de position

1112 Questions-réponses supplémentaires sur les nouvelles obligations d'annoncer incombant aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de négligence de l'obligation d'entretien conformément aux art. 40 LPP, 24^f^{bis} LFLP et 5, 13 et 14 de l'ordonnance sur l'aide au recouvrement (OAIr)

En complément aux questions-réponses parues dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 155](#) du 12 mai 2021 (voir ch. 1057), nous prenons position sur deux autres questions juridiques tirées de la pratique :

1. Une institution de prévoyance ou de libre passage peut-elle refuser l'annonce d'un office spécialisé si l'avoir de prévoyance de la personne qui en fait l'objet est inférieur à 1000 francs ?

Non, le législateur n'a pas fixé de montant minimal de l'avoir de prévoyance en dessous duquel une institution de prévoyance ou de libre passage ne serait pas soumise à l'obligation de traiter l'annonce d'un office spécialisé (voir art. 40, al. 1 et 2, LPP et 24^f^{bis}, al. 1 et 3, LFLP).

Le montant minimal de 1000 francs s'applique exclusivement à l'obligation d'annoncer qui incombe aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de versement sous forme de capital (voir art. 40, al. 3, let. a et b, LPP et 24^f^{bis}, al. 4, let. a et b, LFLP). Or, même si un avoir de prévoyance donné n'atteint pas 1000 francs au moment de l'annonce par un office spécialisé, il y a de fortes probabilités qu'il continue d'augmenter en raison des cotisations et des intérêts. Il est donc vraisemblable qu'il soit supérieur à 1000 francs au moment d'un éventuel versement et que l'office spécialisé doive par conséquent être informé. C'est pourquoi, il n'a pas été prévu de fixer un montant minimal de l'avoir de prévoyance en dessous duquel une institution pourrait refuser ou ignorer l'annonce d'un office spécialisé.

2. Une institution de prévoyance ou de libre passage peut-elle refuser l'annonce d'une institution précédente si la personne assurée a aussi déjà quitté cette institution depuis plus de deux ans ?

Non, même dans ce cas, une annonce ne peut pas être refusée. Si une ancienne institution a reçu l'annonce d'un office spécialisé et la transmet à l'institution suivante conformément à l'art. 24^f^{bis}, al. 2, LFLP, cette dernière doit à son tour transmettre l'annonce à la nouvelle institution également lorsque l'assuré l'a entre-temps déjà quittée.

L'art. 24^f^{bis}, al. 2 (2^e phrase), LFLP ne prévoit pas de limitation temporelle pour l'obligation faite à une institution de prévoyance ou de libre passage de transmettre une annonce si la personne concernée a déjà quitté l'institution au moment de l'annonce par un office spécialisé ou de la transmission par une institution précédente.

Jurisprudence

1102 Séquestre des avoirs de prévoyance

(Référence à un arrêt du TF du 20 avril 2022, [5A_907/2021](#), arrêt en français, publication ATF prévue)

(Art. 92, al. 1, ch. 10, et 275 LP; art. 4 et 5 LFLP et 16 OLP)

L'avoir de prévoyance ne peut faire l'objet d'un séquestre que si la personne assurée a fait une demande de versement. Ce principe vaut pour les avoirs de prévoyance du 2^e pilier, y compris les comptes et polices de libre passage, ainsi que pour les avoir de prévoyance individuelle liée (pilier 3a). Une demande de transfert dans une institution de libre passage ne suffit pas pour rendre

séquestrable l'avoir de prévoyance.

Dans cet arrêt, le TF a examiné la question de savoir s'il pouvait y avoir séquestre de la prestation de sortie de l'intimé qui était détenue par son ancienne institution de prévoyance à laquelle il avait cessé d'être affilié facultativement comme indépendant et à qui il avait donné l'ordre de transférer sa prestation de sortie à une institution de libre passage. Selon l'art. 275 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), les art. 91 à 109 LP relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre. L'art. 92 LP, al. 1, ch. 10 LP, déclare insaisissables « les droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle ».

Le TF a déjà jugé, au sujet du paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage (art. 5 LFLP), que la simple possibilité de demander le paiement ne provoque pas l'exigibilité de la prestation. La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de libre passage est une condition dont dépend l'exigibilité du droit au paiement. Aussi longtemps qu'une telle demande n'est pas déposée, la prestation de libre passage doit rester affectée au maintien de la prévoyance et ne peut donc être ni saisie, ni séquestrée. Le TF a déjà également considéré qu'il n'y a rien d'abusif de se conformer aux règles qui permettent de maintenir l'affectation de la prestation de sortie au but de prévoyance, même lorsque les conditions pour obtenir un versement sont remplies.

En l'espèce, le TF a jugé que la prestation de libre passage n'était pas exigible et donc pas séquestrable, car l'intimé avait demandé à son ancienne institution de prévoyance le transfert de celle-ci sur un compte auprès d'une institution de libre passage afin de maintenir sa prévoyance sur la base de l'art. 4 LFLP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 159

Jurisprudence

1090 Capital-décès : exigence d'un ménage commun dans le cadre d'un partenariat de vie donnant droit à prestation (concrétisation de la jurisprudence)

(Référence à un arrêt du TF du 21 février 2022, [9C 485/2021](#), arrêt en allemand)

La condition réglementaire de former un ménage commun est jugée également remplie lorsque les partenaires ne font ménage commun que pendant la fin de la semaine et les vacances, dans la mesure où, comme en l'espèce, ils vivent séparément durant les jours de travail pour des raisons professionnelles, et non pas pour de simples motifs d'ordre pratique.

(art. 20a, al. 1, let. a, et art. 49, al. 2, ch. 3, LPP)

En l'espèce, le litige oppose la sœur et la compagne du défunt au sujet du capital-décès de ce dernier. Le tribunal cantonal avait rejeté la demande de la sœur du défunt et ordonné le versement du capital-décès à la partenaire du défunt. La sœur du défunt a recouru auprès du TF, en faisant valoir notamment qu'il n'y aurait pas eu de communauté de vie ininterrompue *en ménage commun* au sens prévu par le règlement de l'institution de prévoyance.

Le TF rappelle à cet égard que les institutions de prévoyance sont autorisées à définir le cercle des ayants droit de manière plus étroite que le prévoit l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP, car la désignation comme bénéficiaires des personnes mentionnées par cet article relève de la prévoyance étendue (art. 49, al. 2, ch. 3, LPP en référence aux ATF 144 V 327, consid. 1.1, 142 V 233, consid. 1.1, 137 V 383, consid. 3.2 et 136 V 49, consid. 3.2). Les institutions de prévoyance sont ainsi habilitées à prévoir dans leur règlement une notion plus restrictive du partenariat de vie. Ainsi, il est admissible de prévoir que la communauté de vie doit se dérouler *en ménage commun*.

Se référant à la jurisprudence actuelle, le TF considère que, sous le titre de ménage commun, on ne

peut pas s'attendre sans autre à une communauté d'habitation permanente et indivise dans un lieu de résidence fixe. En effet, une telle représentation ne tient pas compte des réalités économiques ni des changements de société actuels. Il est fréquent que, pour des raisons professionnelles ou de santé ou pour d'autres motifs dignes de protection, deux partenaires n'habitent pas ensemble de manière ininterrompue, mais seulement une partie de la semaine par exemple. Ce qui doit être déterminant, c'est la volonté manifeste des deux partenaires de faire ménage commun en partageant dans la mesure du possible le même lieu de résidence (ATF 137 V 383, consid. 3.3). De nos jours, le concept de ménage commun est à comprendre au sens large. Cependant, il est exclu en cas de domiciles séparés pour des motifs purement pratiques. Il faut donc des circonstances particulières qui rendent particulièrement difficile ou impossible la constitution d'un domicile commun (ATF 138 V 86, consid. 5.1, 5.1.2 et 5.1.3).

Sur cette base, le TF arrive à la conclusion qu'il y a eu, en l'espèce, un « ménage commun » et donc une communauté de vie au sens réglementaire, car la vie séparée pendant les jours de travail était due à des raisons professionnelles, et non à des motifs purement pratiques, selon la constatation contraignante des faits de l'instance cantonale. Ainsi, le TF confirme la décision du tribunal cantonal d'ordonner le versement du capital-décès à la compagnie du défunt assuré.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 158

Indications

1081 Brexit et paiement en espèces

Nouvelle convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Royaume-Uni : la libre circulation des personnes dans le domaine de la prévoyance professionnelle ne relève pas du champ d'application de la nouvelle convention. Ainsi, toutes les personnes qui déménagent au Royaume-Uni pourront aussi demander à l'avenir le paiement en espèces de l'intégralité de leur prestation de libre passage. Par contre, les employeurs sis au Royaume-Uni sont assimilés aux employeurs suisses et doivent verser pour leurs employés assurés en Suisse des cotisations destinées à la prévoyance professionnelle.

Depuis le 1^{er} janvier 2021, l'Accord sur la libre circulation des personnes et les règlements européens de coordination (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009 ne s'appliquent plus entre la Suisse et le Royaume-Uni. La convention de sécurité sociale de 1968 est entre-temps redevenue applicable jusqu'au 1^{er} novembre 2021, date de l'entrée en vigueur provisoire de la nouvelle convention négociée par ces deux États. Étant donné que la libre circulation des personnes dans le domaine de la prévoyance professionnelle ne relève pas du champ d'application de cette dernière convention, c'est le droit national qui continue à s'appliquer, et toutes les personnes qui avaient déjà transféré leur domicile au Royaume-Uni ou qui quittent la Suisse pour le Royaume-Uni pourront, à l'avenir également, demander le paiement en espèces de la totalité de leur prestation de libre passage (obligatoire et surobligatoire).

Vous trouverez de plus amples informations sur les changements et les conséquences juridiques pour le 2^e pilier sous: [Brexit et 2e pilier](#)

1084 Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien: Adaptation du formulaire 2 concernant la révocation de l'annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage

Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce entre les offices spécialisés et les institutions de prévoyance ou de libre passage sont disponibles depuis le 7 octobre sur le site Internet de l'OFAS et sur celui de l'OFJ. À la suite des retours reçus, le formulaire 2 a été modifié. En effet, comme pour les autres annonces, les offices spécialisés doivent s'identifier en cas de révocation. Or, cette précision manquait dans le formulaire en question ; elle y a maintenant été ajoutée.

Concernant les révocations d'annonces, nous vous rendons en outre attentifs au point suivant: il ne peut pas être exclu qu'une annonce ait été effectuée par une personne non habilitée et que son

contenu soit incorrect. Or, la transmission d'une fausse révocation à l'aide du formulaire 2 aurait de graves conséquences, car elle pourrait entraîner un versement indu en espèces ou en capital. Pour cette raison, lorsque vous recevez une annonce de révocation, nous vous recommandons vivement de bien vérifier si l'expéditeur correspond à l'office spécialisé compétent. En cas de doute, nous vous conseillons de vous adresser à l'office spécialisé.

Le formulaire 2 est disponible dès à présent dans les trois langues sur notre site Internet. Les autres formulaires n'ont pas été modifiés sur le fond, mais ont seulement fait l'objet d'améliorations techniques mineures.

Lien vers les formulaires d'annonce:

[Obligation d'annonce en cas de manquement à l'obligation d'entretien](#)

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 157

Indication

1070 Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien:

Les formulaires définitifs pour la procédure d'annonce sont disponibles

Les dispositions de la modification du 20 mars 2015 du Code civil suisse (entretien de l'enfant) et l'ordonnance sur l'aide au recouvrement entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (pour des informations supplémentaires, voir le Bulletin de la **prévoyance** professionnelle n° 155, ch. 1057). Afin d'éviter tout malentendu dans la procédure d'annonce, les offices spécialisés et les institutions de prévoyance ou de libre passage devront utiliser les formulaires d'annonce élaborés par le Département fédéral de l'intérieur (DFI), qui sont accessibles sur le site Internet de l'OFAS et sur celui de l'OFJ. Les formulaires définitifs sont disponibles dès à présent :

[Obligation d'annonce en cas de manquement à l'obligation d'entretien](#)

En lien avec les **nouvelles** obligations d'annonce, la question suivante a été soumise à l'OFAS :

L'institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle adresser une annonce à l'office spécialisé si la prestation de sortie de l'assuré qui lui a été annoncé est transférée en tout ou en partie au profit de son conjoint dans le cadre du partage de la prévoyance lié au divorce ?

Non, le transfert d'une partie de la prestation de sortie dans le cadre du partage de la prévoyance en cas de divorce n'est pas soumis à l'obligation d'annonce visée aux art. 40 LPP et 24^{bis} LFLP (voir aussi dans le formulaire n° 5, p. 2, la liste des circonstances à annoncer).

Il n'existe pas non plus d'obligation d'annonce lorsque la totalité de la prestation de libre passage qui se trouve sur un compte de libre passage est transférée au conjoint créancier dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle lié au divorce et que le compte de libre passage est ensuite clôturé.

Dans le cas d'un transfert au conjoint créancier dans le cadre d'un partage de la prévoyance professionnelle pour cause de divorce, il ne s'agit pas d'une prétention de l'assuré qui a été annoncé au sens des art. 40, al. 3, LPP et 24^{bis} LFLP, mais d'une prétention du conjoint créancier.

Jurisprudence

1074 Prestation pour survivants : restitution d'un capital-décès versé à une personne non autorisée du cercle des bénéficiaires et droit à des intérêts moratoires

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 mai 2021, [9C 588/2020](#), arrêt en allemand)

En vertu de l'art. 35a LPP, une institution de prévoyance peut réclamer la restitution du capital-décès qu'elle a versé à une personne du cercle des bénéficiaires moins bien placée qu'une autre dans l'ordre de priorité et qui n'a donc pas droit à cette prestation. Des intérêts moratoires sont dus sur la demande

de restitution. Le montant des intérêts est déterminé en premier lieu par les dispositions réglementaires et subsidiairement sur la base de l'art. 7 OLP.

(Art. 35a LPP, art. 104, al. 1, CO et art. 7 OLP)

Sur la base du règlement de prévoyance, une caisse de pension a versé un capital-décès à la sœur de l'assuré décédé, alors que ce capital ne lui était pas dû, mais revenait à la partenaire de l'assuré. Le Tribunal fédéral devait examiner en appel si une éventuelle obligation pour la sœur de rembourser l'institution de prévoyance était fondée sur l'art. 35a LPP ou sur les principes juridiques généraux de l'enrichissement *sans* cause légitime au sens de l'art. 62 CO. Il devait en outre décider si et dans quelle mesure la sœur était tenue de verser des intérêts moratoires sur la restitution.

Le TF a considéré que les conditions suivantes sont pertinentes pour une restitution dans le champ d'application de l'art. 35a LPP : (1) la prestation fournie doit être une prestation d'assurance au sens des art. 13 ss LPP ; (2) la prestation doit avoir été versée en vertu du règlement de prévoyance ; (3) la prestation doit avoir été versée de manière indue – c'est-à-dire sans raison légale (ou réglementaire) – ou le fondement juridique de la prestation doit avoir cessé d'exister après coup.

Le TF est arrivé à la conclusion que l'art. 35a LPP constitue en l'espèce la base légale applicable à la demande de restitution. Selon lui, il n'est ainsi pas contesté que la prestation versée – le capital-décès – était une prestation d'assurance (1). En outre, il relève que l'institution de prévoyance a versé la prestation à un bénéficiaire présumé sur la base de l'ordre des bénéficiaires prévu dans le règlement, et non à un tiers non impliqué. L'institution de prévoyance pensait, sur la base du règlement, être tenue de verser la prestation à cette personne. Cette dernière aurait aussi pu faire valoir son propre droit à la prestation pour survivant auprès de l'institution de prévoyance. Une relation pertinente du point de vue de la prévoyance professionnelle existait par conséquent dans le cas présent (2). Le fait que l'hypothèse de l'institution de prévoyance selon laquelle elle était tenue de verser la prestation à la recourante se soit ensuite révélée inexacte remplit également la condition du caractère indu de la prestation au sens de l'art. 35a, al. 1, LPP (3).

Le TF devait en outre décider si des intérêts étaient dus sur la demande de restitution, car ce point n'est pas réglé à l'art. 35a LPP. S'appuyant sur la jurisprudence actuelle (voir [ATF 145 V 18, consid. 4.2 et 5.2.1](#)), il a jugé, en l'absence de bases statutaires et en se fondant sur l'art. 104, al. 1, CO, que les intérêts moratoires sont autorisés dans le droit de la prévoyance professionnelle tant dans le domaine des prestations que dans celui des cotisations. Étant donné que le règlement pertinent concernant la restitution ne contient en l'espèce aucune disposition sur les intérêts moratoires, ces derniers sont dus sur la base de l'art. 104, al. 1, CO. Enfin, en ce qui concerne le montant des intérêts moratoires, en l'absence de disposition explicite dans le règlement, le taux d'intérêt dû correspond à celui de l'art. 7 OLP (taux d'intérêt minimal LPP plus 1 %).

1075 Prestation de libre passage et prescription

(Référence à un arrêt du TF du 6 juillet 2021, [9C 520/2020](#); arrêt en français)

(Art. 41, al. 2, LPP en relation avec les art. 129-142 CO)

Si un assuré estime que le montant de la prestation de libre passage qui lui a été versée en espèces est insuffisant et que l'institution de prévoyance devrait lui verser un montant plus important, il lui appartient de l'exiger dans un délai de 10 ans dès le moment où il a présenté sa demande motivée de versement en espèces.

Le délai de prescription de 10 ans commence à courir à compter du dépôt de la demande motivée de versement en espèces, et non à compter de la date à laquelle la prestation de libre passage est devenue exigible.

Par conséquent, si l'assuré estimait qu'une prestation de libre passage plus importante aurait dû lui être versée, il aurait dû l'exiger dans un délai de 10 ans dès le moment où il avait présenté une demande motivée pour le versement en espèces de la prestation de sortie. En l'espèce, l'assuré avait déposé une

telle demande le 13 avril 1989, de sorte que la prescription de sa créance à l'égard de l'institution de prévoyance intimée est intervenue le 14 avril 1999, soit bien avant le moment où il a saisi le tribunal du litige l'opposant à l'intimée en novembre 2018.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 155

Prise de position

1057 Questions-réponses sur les nouvelles obligations d'annoncer incombant aux institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de négligence de l'obligation d'entretien conformément aux art. 40 LPP, 24^{bis} LFLP et 5, 13 et 14 de l'Ordonnance sur l'aide au recouvrement (OAIR)

Introduction

Les dispositions de la modification du Code civil suisse (entretien de l'enfant) du 20 mars 2015 sur les mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de manquement à l'obligation d'entretien²⁹ entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (voir [Bulletin de la prévoyance professionnelle no 151, ch. 1022](#)). A partir de cette date, les offices spécialisés pour l'aide au recouvrement auront la possibilité d'annoncer aux institutions de prévoyance ou de libre passage les personnes qui ne remplissent pas leur obligation d'entretien. Dans ce cas, ces institutions seront à leur tour tenues d'informer sans délai les offices spécialisés du versement des avoirs de prévoyance, de leur mise en gage ou de la réalisation du gage grevant ces avoirs.

Les institutions de prévoyance ou de libre passage doivent appliquer les nouvelles dispositions légales à partir du 1^{er} janvier 2022, c'est-à-dire qu'elles devront veiller, à partir de cette date, à ce qu'aucune prestation en capital ne soit versée à des personnes débitrices qui leur ont été annoncées sans en informer les offices spécialisés. Dans l'hypothèse du versement anticipé ou du retrait des prestations de vieillesse ou d'invalidité sous forme de capital, elles doivent respecter un délai de 30 jours après la notification à l'office spécialisé avant de pouvoir effectuer l'opération (voir ch. 4).

Les nouvelles obligations d'annoncer s'appliquent au régime obligatoire comme au régime surobligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 49, al. 2, ch. 5a, LPP et art. 89a, al. 6, ch. 4a, CC), mais pas au pilier 3a.

Pour la procédure d'annonce, les offices spécialisés et les institutions de prévoyance ou de libre passage doivent utiliser les formulaires officiels. Cela garantit une procédure uniforme et correcte à l'échelle nationale et évite les ambiguïtés et les malentendus, notamment entre les régions linguistiques.

Aperçu des formulaires³⁰ :

Pour les annonces ou les demandes des offices spécialisés :

- Annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage (voir formulaire 1).
- Révocation de l'annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage (voir formulaire 2)
- Annonce à l'institution de prévoyance ou de libre passage du transfert de compétence à un autre office (voir formulaire 3)
- Demande à la Centrale du 2^e pilier (voir formulaire 4)

Pour l'annonce des institutions de prévoyance ou de libre passage :

- Annonce à l'office spécialisé désigné par le droit cantonal pour l'aide au recouvrement (voir formulaire 5).

²⁹ [RO 2015 4299](#), en particulier pp. 4308 ss et 5017 (précision concernant l'entrée en vigueur); [RO 2020 5](#) Ordonnance portant dernière mise en vigueur partielle de la modification du 20 mars 2015 du code civil (Entretien de l'enfant);

[RO 2020 7](#) Ordonnance sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (Ordonnance sur l'aide au recouvrement, OAIR).

³⁰ Les formulaires sont disponibles pour l'instant dans une version provisoire sur la page d'accueil du site internet de l'Office fédéral des assurances sociales.

Lien internet pour les formulaires :

[Obligation d'annonce en cas de manquement à l'obligation d'entretien](#)

Il n'existe pas de formulaire spécifique pour la transmission d'une annonce entre institutions de prévoyance ou de libre passage en cas de changement d'institution (art. 24^{bis}, al. 2, de la loi sur le libre passage [LFLP]). Ces institutions se transmettent depuis longtemps déjà de telles informations, par exemple lorsqu'une banque leur a annoncé la mise en gage d'une prestation de sortie et que l'assuré concerné change d'institution (voir art. 12, al. 1, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle [OEPL]).

A cette occasion, il serait utile qu'elles informent l'office spécialisé du changement d'institution (voir ch. 2.9).

Liens internet pour en savoir plus:

Ordonnance sur l'aide au recouvrement : [RO 2020 7](#)

Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur l'aide au recouvrement :

d : [Erläuternder Bericht zur Inkassohilfverordnung \(PDF, 558 kB, 5.6.2020\) \(admin.ch\)](#)

f : [Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur l'aide au recouvrement \(PDF, 542 kB, 5.6.2020\) \(admin.ch\)](#)

i : [Rapporto esplicativo concernente l'ordinanza sull'aiuto all'incasso \(PDF, 538 kB, 5.6.2020\) \(admin.ch\)](#)

Rapport du 12 mai 2014 du DFI concernant les mesures de garantie de l'avoir de prévoyance en cas de négligence de l'obligation d'entretien (qui remplace le message)³¹ :

Ce rapport était à la disposition de la commission compétente lors de la discussion de ces mesures au Parlement. Conformément à la décision de la commission, il a été rendu public.

d : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kindesunterhalt/vn-ber-bsv-d.pdf>

f : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kindesunterhalt/vn-ber-bsv-f.pdf>

1. Annonce de l'office spécialisé à l'institution de prévoyance ou de libre passage (art. 40, al. 1, LPP, art. 24^{bis}, al. 1, LFLP et art. 13, al. 1, OAIr, formulaire 1)

1.1 Qui peut annoncer une personne à une institution de prévoyance ou de libre passage dans le cadre des mesures en cas de négligence de l'obligation d'entretien ?

Seul un office spécialisé désigné par le droit cantonal (voir art. 290 CC) a le droit d'effectuer une telle annonce. Il doit joindre au formulaire d'annonce les dispositions du droit cantonal ou communal qui l'identifient comme étant compétent. Il est ainsi clair pour l'institution de prévoyance ou de libre passage que l'annonce est faite par un office spécialisé compétent.

Les particuliers ou les avocats, notamment, ne sont pas habilités à effectuer de telles annonces.

1.2 Comment une institution de prévoyance ou de libre passage peut-elle vérifier que l'annonce est faite par un office spécialisé habilité ? Que se passe-t-il si l'office en question ne prouve pas qu'il est compétent ?

31 Il n'existe pas de version italienne de ce rapport.

Les offices spécialisés doivent s'identifier auprès des institutions concernées et joindre au formulaire d'annonce les dispositions cantonales ou communales qui règlent leur compétence. À défaut, l'institution de prévoyance ou de libre passage doit renvoyer immédiatement le formulaire d'annonce à l'office spécialisé et lui demander de le compléter.

1.3 Une institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle vérifier que la personne assurée est effectivement en retard dans le paiement des contributions d'entretien ?

Non, seul l'office spécialisé peut et doit juger si un débiteur néglige ses obligations d'entretien. En cas de désaccord au sujet des dettes d'entretien sur lesquelles se fonde une annonce, la personne assurée doit s'adresser à l'office spécialisé et non à l'institution de prévoyance ou de libre passage. Cette dernière doit donc tenir compte de l'annonce de l'office spécialisé, même si la personne assurée la conteste.

1.4 Quel délai l'institution de prévoyance doit-elle respecter pour traiter l'annonce d'un office spécialisé ?

Le législateur part du principe que l'institution traitera sans délai les annonces qu'elle reçoit. Les annonces déploient leurs effets dès qu'elles ont été traitées, mais au plus tard cinq jours ouvrables après leur notification (art. 40, al. 2, LPP ou art. 24^{bis}, al. 3, LFLP).

1.5 Quand le délai applicable pour le traitement d'une annonce est-il de cinq ou de dix jours ouvrables ?

Le délai de cinq jours ouvrables s'applique en principe à toutes les annonces des offices spécialisés (art. 40, al. 2, LPP) ainsi qu'aux cas de libre passage (art. 24^{bis}, al. 3, LFLP). Si l'annonce de l'office spécialisé est notifiée après le transfert de la prestation de sortie à une autre institution, l'institution de prévoyance ou de libre passage dispose toutefois d'un peu plus de temps : dans ce cas, l'annonce doit être transmise à la nouvelle institution dans les dix jours ouvrables (art. 24^{bis}, al. 2, LFLP, voir aussi ch. 3). Si l'office spécialisé révoque l'annonce, cette révocation doit être traitée sans délai.

1.6 Une institution peut-elle recevoir des annonces de plusieurs offices spécialisés pour une même personne assurée ?

Oui, une institution de prévoyance ou de libre passage peut recevoir des annonces de plusieurs offices spécialisés pour une même personne assurée. C'est le cas, par exemple, si la personne qui a droit à une contribution d'entretien change de canton de domicile, que différents offices spécialisés sont par conséquent successivement compétents et que des créances contre la personne débitrice sont ouvertes auprès de ces différents offices.

Une annonce par le deuxième office n'annule toutefois pas celle faite par le premier, sauf si un transfert de compétence entre eux est expressément communiqué. Pour éviter tout malentendu, un formulaire spécifique doit être utilisé pour communiquer un transfert de compétence entre deux offices spécialisés (voir formulaire 3).

1.7 L'institution de prévoyance ou de libre passage est-elle tenue d'informer la personne assurée qu'elle fait l'objet d'une annonce d'un office spécialisé ?

Non, la loi ne prévoit pas une telle obligation. Nous recommandons toutefois aux institutions d'informer la personne assurée si tel est le cas afin de prévenir d'éventuels conflits, notamment à l'occasion de demandes de versement.

2. Annonce des institutions de prévoyance ou de libre passage aux offices spécialisés (art. 40, al. 3 et 4, LPP, art. 24^{bis}, al. 4 et 5, LFLP et art. 14 OAiR, formulaire 5)

2.1 Quand une institution de prévoyance ou de libre passage est-elle soumise à une obligation d'annoncer ?

Une institution de prévoyance ou de libre passage n'est soumise à une obligation d'annoncer que si l'office spécialisé lui a annoncé le cas d'un débiteur de la contribution d'entretien (assuré auprès de cette institution) (art. 40, al. 3 et 4, LPP, art. 24^{bis}, al. 4 et 5, LFLP et art. 14 OAiR). Elle n'est toutefois pas tenue de vérifier que les conditions pour une annonce de l'office spécialisé étaient et continuent d'être remplies (voir aussi la question 1.3).

2.2 Quelles conditions doivent être remplies pour qu'une institution de prévoyance ou de libre passage soit soumise à une obligation d'annoncer ?

Deux conditions doivent être remplies pour une annonce :

1. L'assuré qui lui a été annoncé fait valoir l'une des prétentions suivantes :

- a. le versement de la prestation en capital, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
- b. le versement en espèces au sens de l'art. 5 LFLP, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
- c. le versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement au sens des art. 30c LPP et 331e du code des obligations, ou
- d. la mise en gage des avoirs de prévoyance de la personne débitrice en vertu de l'art. 30b LPP ainsi que la réalisation du gage grevant ces avoirs.

2. Dans le cas de ces versements en capital (let. a à c ci-dessus), les prétentions doivent arriver à échéance.

Le formulaire 5 énumère les différentes situations dans lesquelles une institution est soumise à l'obligation d'annoncer.

2.3 Quand les versements en capital deviennent-ils exigibles ?

L'institution doit faire une annonce à l'office spécialisé lorsque des versements en capital deviennent exigibles. Une distinction doit être opérée selon qu'une demande de la personne assurée ayant fait l'objet d'une annonce est nécessaire ou non pour qu'un versement en capital devienne exigible.

(1) Si la personne assurée ayant fait l'objet d'une annonce **demande** un versement sous forme de capital (prestation en capital, versement en espèces ou versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement) d'un montant d'au moins 1000 francs, le versement est exigible dès que les conditions requises pour le versement sont remplies. Les institutions de prévoyance continueront de vérifier que ces conditions sont remplies, comme elles l'ont fait jusqu'à présent. Une demande est nécessaire, par exemple, en cas de versement en espèces au sens de l'art. 5 LFLP ou en cas de versement anticipé de la prestation de vieillesse d'une institution de libre passage à une personne qui perçoit une rente entière de l'AI (voir art. 16, al. 2, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage [OLP]). Conformément à l'art. 16, al. 1, OLP, le versement de la prestation de vieillesse est possible pendant une période de dix ans dans le cas d'une institution de libre passage. L'annonce à l'office spécialisé ne doit alors pas être notifiée à la date où le versement devient exigible pour la première fois – à savoir cinq ans avant que la personne assurée atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP – mais seulement à la date pour laquelle l'ayant droit a exprimé sa volonté de toucher la prestation de vieillesse (pour ce qui est de la date la plus tardive à laquelle la prestation est exigible, voir le point

suivant).

(2) Si la personne assurée ayant fait l'objet d'une annonce **ne demande pas** le versement en capital, la prestation lui est due à la date à laquelle elle arrive à échéance conformément soit à la loi soit au règlement ou au contrat de prévoyance. En d'autres termes, si la personne assurée qui a été annoncée par un office spécialisé demande un versement sous forme de capital au lieu d'une rente, les institutions de prévoyance doivent annoncer sans délai que ce versement est exigible aux termes du règlement (âge de la retraite réglementaire) ou de la loi (art. 13 LPP). Les institutions de libre passage doivent procéder sans délai à l'annonce à la date la plus tardive à laquelle la prestation de vieillesse (capital) est exigible en vertu de l'art. 16 LFLP ou du contrat de prévoyance.

2.4 L'office spécialisé doit-il être informé en cas de décès de la personne annoncée ?

Non, aucune annonce n'est requise en cas de décès.

2.5 Dans quel délai une annonce doit-elle être notifiée à l'office spécialisé ?

L'annonce à l'office spécialisé doit toujours être faite sans délai (art. 40, al. 3, LPP et art. 24^{bis}, al. 4, LFLP).

Cela signifie qu'une institution de prévoyance ou de libre passage doit annoncer sans délai à l'office spécialisé que des versements en capital sont exigibles.

Elle doit également le faire lorsqu'elle est informée de la mise en gage des avoirs de prévoyance de la personne débitrice en vertu de l'art. 30b LPP ou de la réalisation du gage grevant ces avoirs.

2.6 À quel office spécialisé l'institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle adresser une annonce ?

L'institution de prévoyance ou de libre passage doit toujours adresser son annonce à l'office spécialisé qui lui a annoncé un cas. Si elle a reçu des annonces de plusieurs offices spécialisés pour un même assuré (voir question 1.6), elle doit en principe adresser son annonce à chacun d'eux. C'est seulement lorsqu'un office spécialisé a révoqué son annonce (voir formulaire 2) ou en cas de transfert de compétence vers un nouvel office (voir formulaire 3) qu'il n'est alors plus nécessaire que ces offices continuent de recevoir des annonces de la part de l'institution de prévoyance ou de libre passage concernant l'assuré.

2.7 Sous quelle forme l'institution de prévoyance ou de libre passage notifie-t-elle ses annonces aux offices spécialisés ?

Pour ses annonces aux offices spécialisés, une institution de prévoyance ou de libre passage doit utiliser le formulaire prévu à cet effet (voir formulaire 5). La(les) signature(s) sur le formulaire est(sont) soumise(s) à la réglementation interne sur les signatures que prévoit l'institution pour ces formulaires. Les offices spécialisés ne sont pas tenus de vérifier la validité de la ou des signatures.

2.8 Les annonces peuvent-elles être envoyées par voie électronique ?

Non, selon la loi, les annonces doivent être notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière, mais toujours contre accusé de réception (art. 40, al. 5, LPP, art. 24^{bis}, al. 6, LFLP et art. 14, al. 4, OAiR). L'institution de prévoyance ou de libre passage est ainsi informée sans ambiguïté de la date à laquelle l'office spécialisé a pris connaissance de l'annonce, car cette date figure sur l'accusé de réception. Le délai de 30 jours pendant lequel

l'institution ne peut pas effectuer de versement court à compter de cette date (voir point 4). Cette procédure permet d'éviter des incertitudes.

2.9 L'institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle annoncer aux offices spécialisés que la personne assurée a changé d'institution ?

L'institution de prévoyance ou de libre passage n'est pas tenue légalement d'informer l'office spécialisé d'un tel changement (pour la transmission d'une annonce d'un office spécialisé à la nouvelle institution, voir le point 3 ci-dessous). Il est toutefois dans son intérêt de le faire. L'office spécialisé a ainsi la possibilité d'informer également directement la nouvelle institution d'une révocation visée à l'art. 13, al. 4, OAiR (l'institution devrait avoir reçu l'annonce de l'office spécialisé de la part de l'institution de prévoyance ou de libre passage jusqu'alors compétente, voir art. 24^{bis}, al. 2, LFLP). Cela évite que l'ancienne institution continue de recevoir d'autres offices spécialisés des annonces qu'elle devrait à chaque fois transmettre à la nouvelle institution.

2.10 L'institution de prévoyance ou de libre passage est-elle tenue d'informer la personne assurée de l'annonce qu'elle adresse à l'office spécialisé ?

Non, la loi ne prévoit pas une telle obligation. Nous recommandons néanmoins aux institutions d'informer la personne assurée de l'annonce adressée à l'office spécialisé.

2.11 Quand l'obligation d'annoncer prend-elle fin pour l'institution de prévoyance ou de libre passage ?

L'obligation d'annoncer prend fin:

- en cas de révocation par l'office spécialisé (formulaire 2) ;
- en cas de décès de la personne assurée ;
- en cas de prévoyance vieillesse, si une rente est versée et qu'un versement sous forme de capital n'est plus possible ;

en cas de transfert de compétence vers un nouvel office spécialisé, l'obligation d'annoncer à l'office jusqu'alors compétent prend fin si les deux offices spécialisés ont donné leur accord (voir formulaire 3). Par contre, une nouvelle obligation d'annoncer prend naissance à l'égard du nouvel office spécialisé qui annonce ce transfert de compétence.

Si la personne assurée ayant fait l'objet d'une annonce quitte l'institution, l'obligation d'annoncer ne prend pas fin, mais est transférée à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage (voir le point 3).

À noter : en cas de versement d'une rente d'invalidité, l'obligation d'annoncer ne prend fin que lorsque la personne assurée atteint l'âge de la retraite, pour autant qu'un retrait sous forme de capital ne soit plus possible à partir de ce moment-là. L'obligation prend également fin si le bénéficiaire de cette rente décède avant d'avoir atteint l'âge de la retraite. Si l'invalidité cesse et qu'une prestation de sortie est transférée à une institution de prévoyance ou de libre passage, l'ancienne institution doit informer la nouvelle de l'obligation d'annoncer existante, comme c'est généralement le cas dans une telle situation.

fois informée, la nouvelle institution doit traiter l'annonce dans les cinq jours ouvrables (voir aussi la question 1.5).

Si l'annonce est notifiée après le transfert de la prestation de sortie, elle doit être transmise à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage dans les dix jours ouvrables (art. 24^{bis}, al. 2, LFLP).

3.1 Quelles exigences formelles l'institution de prévoyance ou de libre passage doit-elle respecter lorsqu'elle transmet une annonce ?

Les exigences formelles prévues à l'art. 24^{fbis}, al. 6, LFLP ne s'appliquent pas à la transmission de l'annonce de l'ancienne institution de prévoyance ou de libre passage à la nouvelle. Il ne s'agit pas d'un oubli de la loi. En effet, la LFLP ne prévoit pas d'exigences formelles pour la communication d'informations entre les institutions (art. 2, al. 3, OLP). Les annonces peuvent être transmises de la même manière que les autres informations, par exemple celles annonçant une mise en gage.

4. Versement de la prestation de sortie ou de la prestation en capital / délai de blocage de 30 jours

Les art. 40, al. 6, LPP et 24^{fbis}, al. 7, LFLP (art. 14, al. 5, OAiR) prévoient un délai de 30 jours avant de pouvoir verser la prestation de sortie ou la prestation en capital. En principe, la prestation est exigible dès que l'institution constate que toutes les conditions pour le versement demandé sont réunies. Le délai de 30 jours prévu par la loi retarde toutefois le versement. L'office spécialisé a en effet besoin d'un certain temps pour obtenir une décision du tribunal interdisant le versement en capital au débiteur. Il peut notamment déposer une demande de séquestre (art. 271, al. 1, ch. 2, et al. 2, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP]) ou de fourniture de sûretés (art. 132, al. 2, et 292 CC). Il a intérêt à demander à l'autorité compétente une décision superprovisionnelle, qui est également communiquée à l'institution de prévoyance ou de libre passage.

4.1 Quand l'institution de prévoyance ou de libre passage peut-elle procéder au versement ?

L'institution de prévoyance ou de libre passage peut effectuer un versement au plus tôt 30 jours après la notification de l'annonce à l'office spécialisé (art. 40, al. 6, LPP, art. 24^{fbis}, al. 7, LFLP et art. 14, al. 5, OAiR). Ce n'est que si aucune décision judiciaire n'est rendue dans le délai de 30 jours à compter de la réception de l'annonce par l'office spécialisé que l'institution de prévoyance ou de libre passage peut verser l'avoir de prévoyance ou le montant du retrait pour l'accession à la propriété du logement. Le délai commence à courir le jour suivant la réception de l'annonce par l'office spécialisé.

Le délai de 30 jours ne s'applique pas dans le cas de la mise en gage et de la réalisation du gage de capitaux de prévoyance pour l'accession à la propriété d'un logement.

4.2 Est-ce que l'institution doit créditer un intérêt moratoire durant le délai de 30 jours ?

Tant que l'institution ne peut pas procéder au versement de la prestation de sortie ou de la prestation en capital en raison du délai légal de 30 jours, elle ne peut pas être en retard. Avant l'expiration de ce délai, l'avoir doit néanmoins être crédité d'un intérêt ordinaire, comme c'est le cas dans les autres situations où l'institution n'est pas en retard (voir art. 2, al. 3, LFLP).

5. Questions diverses

5.1 Les frais supplémentaires occasionnés par le traitement des annonces peuvent-ils être répercutés sur l'assuré ?

Cette question n'est pas réglée dans la loi. La perception de contributions individuelles aux frais d'administration n'est admissible que si elle repose sur une base réglementaire (au sujet des émoluments en cas de versement anticipé ou de mise en gage des prestations de vieillesse, voir le résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 1998 dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 44, ch. 263](#)).

5.2 L'institution de prévoyance ou de libre passage est-elle tenue de conserver les annonces ?

Oui, les annonces des offices spécialisés, celles des institutions de prévoyance ou de libre passage et les accusés de réception font partie des correspondances importantes visées à l'art. 27i, al. 1, let. f, de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2).

Jurisprudence

1059 Examen par le TF des directives de la CHS PP pour les fondations du pilier 3a et du libre passage

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2020, [9C 524/2019](#), publié aux [ATF 146 V 341](#); arrêt en français)

Les ch. 1.2, al. 2, et 2.1, al. 2, des Directives D-04/2014 de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) sur la composition du conseil de fondation respectivement des fondations du pilier 3a et des fondations de libre passage, qui sont censés concrétiser l'art. 48h, al. 1, OPP 2, sortent du cadre légal fixé par les art. 5, al. 3, OPP 3 et 19a, al. 2, OLP. C'est pourquoi, la CHS PP a abrogé ces directives le 9 décembre 2020.

Dans cette affaire, l'Autorité genevoise de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance avait demandé à une fondation bancaire du pilier 3a et à une fondation de libre passage d'adapter leurs statuts et règlements, afin de se conformer aux chiffres 1.2 et 2.1 des [Directives de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle \(CHS PP\) D-04/2014 sur les fondations du pilier 3a et fondations de libre passage](#), publiées le 2 juillet 2014 (ci-après: les Directives D-04/2014). Le chiffre 1.2 des Directives D-04/2014 prévoit pour les fondations 3a que « la banque fondatrice peut désigner les membres du conseil de fondation et y être elle-même représentée. Un membre au moins du conseil de fondation ne doit pas être un représentant de la banque fondatrice ni participer à la gestion ou à la gestion de fortune de la fondation bancaire. Ce membre ne doit pas non plus être lié économiquement à la banque fondatrice, à l'entreprise chargée de la gestion ou à celle chargée de la gestion de la fortune de la fondation. Ce membre est désigné par le conseil de fondation ». Le chiffre 2.1 de ces directives prévoit la même disposition pour les fondations de libre passage.

Selon le TF, l'art. 48h, al. 1, OPP 2, qui vise à mettre en œuvre l'art. 51b, al. 2, LPP, est une règle d'organisation de l'institution de prévoyance qui n'a pas trait au placement de la fortune en tant que tel d'une institution de prévoyance, voire d'une fondation bancaire de libre passage ou d'une fondation bancaire du pilier 3a. En conséquence, l'art. 48h, al. 1, OPP 2 n'est pas couvert par le renvoi respectif des art. 19a, al. 2, OLP et 5, al. 3, OPP 3 qui vise le placement de la fortune selon l'OPP 2 (dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 71 LPP). L'art. 48h, al. 2, OPP 2 n'est donc pas applicable par analogie aux fondations de libre passage et du pilier 3a.

Suite à cet arrêt, la CHS PP a abrogé le 9 décembre 2020 les Directives D-04/2014 avec effet immédiat :

https://www.oak-bv.admin.ch/inhalte/Regulierung/Weisungen/fr/Information_abrogation_des_directives_04_2014_09122020_FR.pdf

Cet arrêt rend caduc le dernier point relatif aux art. 48f – 48i OPP 2 de la prise de position du [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 125 ch. 816](#).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 154

Indication

1053 Brexit et versement en espèces

À partir du 1^{er} janvier 2021, l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et les règlements de coordination (CE) n^{os} 883/2004 et 987/2009 ne s'appliqueront plus entre la Suisse

À partir du 1^{er} janvier 2021, l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et les règlements de coordination (CE) n^{os} 883/2004 et 987/2009 ne s'appliqueront plus entre la Suisse et le Royaume-Uni. C'est pourquoi, la Suisse et le Royaume-Uni ont conclu un accord sur les droits des citoyens, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021. L'objectif de cet accord est qu'à partir de cette date, les personnes aujourd'hui concernées par l'ALCP subissent le moins de changements possible en matière de sécurité sociale et que les droits acquis en vertu de l'ALCP soient protégés. Cet accord n'est pas applicable au versement en espèces de l'avoir de vieillesse obligatoire LPP.

Les modalités de la future coordination bilatérale ne sont pas encore clairement définies à l'heure actuelle. C'est par conséquent le droit national qui, en ce qui concerne le versement en espèces des prestations de libre passage, s'appliquera après la date de référence. En application du droit national, toutes les personnes, y compris celles qui étaient domiciliées au Royaume-Uni avant le 1^{er} janvier 2021 et qui étaient soumises aux règlements de l'UE, auront donc droit, après la date de référence, au versement en espèces de la totalité de leur prestation de libre passage du 2^e pilier (art. 5, let. a, LFLP).

Vous trouverez des informations actuelles sur la page internet suivante:

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/int/brexit.html>

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 153

Indication

1037 Prévoyance professionnelle : actualisation d'ordonnances

Lors de sa séance du 26 août 2020, le Conseil fédéral a adopté des modifications ponctuelles de quatre ordonnances ayant trait à la prévoyance professionnelle. Ces modifications sont nécessaires afin d'assurer l'adaptation des dispositions aux évolutions financières et actuarielles. En outre, plusieurs mandats confiés par le Parlement sont ainsi mis en œuvre. C'est le cas, par exemple, des dispositions prévoyant que les institutions de libre passage et les institutions de la prévoyance individuelle liée puissent, elles aussi, réduire ou refuser des prestations en capital à un bénéficiaire qui aurait causé intentionnellement la mort de la personne assurée.

Les modifications d'ordonnances visent à adapter certaines dispositions à l'évolution récente du taux d'intérêt technique, du taux de mortalité et de l'invalidité. Le Conseil fédéral répond en outre par certaines adaptations aux mandats qui lui ont été confiés par le Parlement sur la base d'interventions parlementaires: le postulat Weibel 13.3813 « Autoriser les reports du pilier 3a même après l'âge de 59/60 ans », la motion Weibel 15.3905 « Rendre les placements dans les infrastructures plus attrayants pour les caisses de pension » et l'interpellation Dittli 18.3405 « Comment se fait-il qu'un meurtrier reçoive les prestations en capital des deuxième et troisième piliers de sa victime? ».

Les modifications proposées concernent :

- l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP)
- l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP)
- l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)
- l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3).

Ces modifications entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2020.

Lien internet pour le communiqué de presse du 26 août 2020 :

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et-services/medieninformationen/nsb-anzeigeseite-unter-aktuell.msg-id-80163.html>

Rapport sur les résultats de la consultation :

<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/62494.pdf>

Texte de la modification du 26 août 2020 :

(seule fait foi la version publiée dans le [Recueil officiel 2020 3755](#))

Ordonnance portant modification de dispositions dans la prévoyance professionnelle

du 26 août 2020

Le Conseil fédéral suisse

arrête :

I

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit :

1. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage³²

Art. 8 Taux d'intérêt technique

Le taux d'intérêt technique est fixé dans une fourchette comprise entre 1,0 et 3,5 %.

Art. 15a Réduction des prestations lorsque le bénéficiaire a causé intentionnellement la mort de l'assuré

¹ L'institution de libre passage peut prévoir dans son règlement de réduire ou de refuser la prestation en faveur d'un bénéficiaire si elle a connaissance du fait que ce dernier a causé intentionnellement la mort de l'assuré.

² La prestation rendue disponible est attribuée aux bénéficiaires qui suivent dans l'ordre prévu à l'art. 15.

Disposition transitoire de la modification du 26 août 2020

Pour la conversion de la part de rente en une rente viagère selon l'art. 19h, le taux d'intérêt technique est de 2 % jusqu'au 31 décembre 2020.

Annexe, ch. 3

3. Les valeurs actuelles et expectatives de rentes sont calculées d'après les bases techniques LPP pertinentes au moment déterminant pour le calcul. Les tables de génération sans renforcement pour l'année civile considérée et la moyenne pondérée des taux d'intérêt techniques moyens indiquées dans le dernier rapport sur la situation financière des institutions de prévoyance publié par la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle)³³ sont appliquées.

2. Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁴

Art. 1h, al. 1, 1^{re} phrase

¹ Le principe d'assurance est respecté lorsque l'institution de prévoyance affecte au moins 4 % du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité; est déterminante pour le calcul de ce pourcentage minimal la totalité des cotisations des collectivités et des plans d'un employeur auprès d'une institution. ...

³² RS 831.425

³³ Consultable sous : www.oak-bv.admin.ch > Thèmes > Recensement situation financière

³⁴ RS 831.441.1

Art. 47, al. 4

⁴ Sont en outre applicables les art. 957a, 958, al. 3, 958c, al. 1 et 2, et 958f du code des obligations³⁵, relatifs à la comptabilité commerciale.

Art. 53, al. 1, let. d^{bis} et e, et 2, 2^e phrase

¹ La fortune de l'institution de prévoyance peut être investie dans les placements suivants :

d^{bis}. des placements dans les infrastructures ;

e. des placements alternatifs tels que les fonds spéculatifs (*hedge funds*), les placements en *private equity*, les titres liés à une assurance (*insurance linked securities*) et les placements dans les matières premières.

² ... Cette règle s'applique également aux placements visés à l'al. 1, let. d^{bis}, à condition qu'ils soient diversifiés de façon appropriée ; si tel n'est pas le cas, les exigences posées à l'al. 4 s'appliquent à ces placements.

Art. 55, let. f

La part maximale de la fortune globale qui peut être placée dans les différentes catégories de placements est la suivante:

f. 10 % : dans les placements dans les infrastructures.

3. Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance³⁶

Art. 2a Réduction des prestations lorsque le bénéficiaire a causé intentionnellement la mort du preneur de prévoyance

¹ L'institution de la prévoyance individuelle liée peut prévoir dans son règlement de réduire ou de refuser la prestation en faveur d'un bénéficiaire si elle a connaissance que ce dernier a causé intentionnellement la mort du preneur de prévoyance.

² La prestation rendue disponible est attribuée aux bénéficiaires qui suivent dans l'ordre prévu à l'art. 2.

Art. 3, al. 2, let. b

Abrogée

Art. 3a Transfert du capital de prévoyance dans une institution de prévoyance ou dans d'autres formes reconnues de prévoyance

¹ Le preneur de prévoyance peut résilier le rapport de prévoyance :

- a. s'il affecte son capital de prévoyance au rachat dans une institution de prévoyance exonérée d'impôt ;
- b. s'il transfère son capital de prévoyance dans une autre forme reconnue de prévoyance.

² Il ne peut transférer partiellement son capital de prévoyance que s'il l'affecte au rachat de l'intégralité de la lacune dans une institution de prévoyance exonérée d'impôt.

³ Le transfert du capital de prévoyance et le rachat sont admis jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite au sens de l'art. 21, al. 1, LAVS³⁷. Si le preneur de prévoyance prouve qu'il continue d'exercer une activité lucrative, il peut procéder à un tel transfert ou à un tel rachat pendant cinq ans au maximum après l'âge ordinaire de la retraite.

⁴ Un tel transfert ou un tel rachat n'est toutefois plus possible si une police d'assurance devient exigible dans les cinq ans précédant l'âge ordinaire de la retraite.

³⁵ RS 220

³⁶ RS 831.461.3

³⁷ RS 831.10

4. Ordonnance du 22 juin 2011 sur les fondations de placements³⁸

Art. 17, al. 1, let. c

¹ Nécessitent un examen préalable par l'autorité de surveillance :

- c. les directives de placement sur les groupes de placements dans le domaine des biens immobiliers à l'étranger, des infrastructures ou des placements alternatifs, et leurs modifications.

Art. 19, 1^{re} phrase

Pour les groupes de placements immobiliers, les groupes de placements dans le domaine des infrastructures et les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs, les statuts ou le règlement peuvent autoriser la fondation à accepter les engagements de capital fermes pour un montant fixe.

...

Art. 32, al. 2, let. a^{bis}

² Elles ne sont autorisées que dans :

- a^{bis}. les groupes de placements dans les infrastructures ;

Art. 37, al. 2

² La fondation publie un prospectus pour les groupes de placements immobiliers, les groupes de placements dans le domaine des infrastructures, les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs ou les groupes de placements contenant des obligations à taux élevés et dans les cas visés à l'art. 21, al. 2. Pour les nouveaux groupes de placements, le prospectus doit être publié avant l'ouverture de la période de souscription. Les modifications du prospectus doivent également être publiées.

II

¹ La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} octobre 2020, sous réserve de l'al. 2.

² Les art. 3, al. 2, let. b, et 3a de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance³⁹ (ch. I.3) entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

Au nom du Conseil fédéral suisse :

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

³⁸ RS 831.403.2

³⁹ RS 831.461.3

Commentaire de la modification d'ordonnances dans le cadre de la prévoyance professionnelle (OLP ; OPP 2 ; OPP 3 ; OFP)

Cadre général

Les modifications d'ordonnances ci-après concernent l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP), l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP) ainsi que l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3).

Ces quatre ordonnances doivent être adaptées de manière sélective. L'objectif est, d'une part, d'adapter certains articles à l'évolution actuelle du taux d'intérêt technique, de la mortalité et de l'invalidité, ainsi que, d'autre part, de mettre en œuvre différentes interventions parlementaires.

En date du 25 avril 2019, la Chambre suisse des experts en caisse de pensions (CSEP) a révisé la directive technique 4 (DTA 4). Le 20 juin 2019, la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) a adopté cette nouvelle version de la DTA 4 comme standard minimal. Cette directive ne fixe plus de taux d'intérêt technique de référence. Par conséquent, la formule mathématique de l'annexe de l'OLP qui se base sur ce taux doit être adaptée.

Compte tenu de l'évolution actuelle, il est nécessaire d'adapter le cadre des taux d'intérêt utilisés dans le calcul des prestations d'entrée et de sortie d'un plan d'assurance en primauté des prestations. La limite inférieure actuelle de 2,5 % est trop élevée. Le pourcentage des cotisations qui doivent au moins être affectées au financement des risques de décès et d'invalidité doit également être réduit (principe d'assurance). Le pourcentage de 6 % prévu aujourd'hui à l'art. 1h OPP 2 n'est plus conforme aux données biométriques les plus récentes des institutions de prévoyance (essentiellement ici la probabilité de devenir invalide).

Avec les présentes modifications d'ordonnances le Conseil fédéral met en outre en œuvre les interventions parlementaires suivantes :

- Art. 3, al. 2, let. b, OPP 3 en réponse au postulat Weibel (Po. 13.3813 « Autoriser les reports du pilier 3a même après l'âge de 59/60 ans »)
- Art. 15a, al. 1 et 2, OLP ; art. 2a, al. 1 et 2, OPP 3 en réponse à l'interpellation Dittli (Ip 18.3405 « Comment se fait-il qu'un meurtrier reçoive les prestations en capital des deuxième et troisième piliers de sa victime ? »)

Art. 53, al. 1, let. d^{bis} et e, et art. 55, let. f, OPP 2 en réponse à la motion Weibel (Mo. 15.3905 « Rendre les placements dans les infrastructures plus attrayants pour les caisses de pension » qui demande une limite distincte de 10 % pour les placements dans les infrastructures). Par conséquent, des modifications doivent également être apportées à l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP). Il s'agit de l'art. 17, al. 1, let. c (examen préalable des directives de placement), de l'art. 19 (engagements de capital), de l'art. 32, al. 2, let. c (autorisation de filiales), et de l'art. 37 (obligation de publier un prospectus).

2 Commentaire des différentes dispositions

2.1 Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP)

Art. 8 Taux d'intérêt technique

Cette disposition prévoit une fourchette dans laquelle doit être fixé le taux d'intérêt technique utilisé dans le calcul des prestations d'entrée et de sortie d'un plan d'assurance en primauté des prestations. Le taux inférieur de l'actuelle fourchette comprise entre 2,5 et 4,5 % est trop élevé, compte tenu de la DTA 4 révisée et des rendements des institutions de prévoyance. Avec un taux d'intérêt technique aussi élevé, les prestations acquises des assurés par rachat sont trop hautes et insuffisamment financées. Par conséquent, les engagements ainsi calculés sont trop élevés, ce qui génère des pertes.

La réforme de la prévoyance vieillesse 2020 prévoyait de supprimer la disposition légale à la base de cette disposition d'ordonnance, et donc d'abroger cette dernière. La fixation dudit taux aurait alors été entièrement laissée à l'appréciation des institutions de prévoyance et de leurs experts. Cette réforme a toutefois été refusée en votation populaire en 2017.

Afin d'éviter des pertes pour les institutions de prévoyance, une adaptation de cette disposition est rapidement nécessaire. La nouvelle fourchette du taux d'intérêt s'étendra de 1,0 à 3,5 %. Cette fourchette permettra de couvrir presque tous les taux d'intérêt technique appliqués (voir art. 26, al. 2, LFLP). Peu d'assurés ont encore un taux supérieur à 3,5 %. Il s'agit donc d'une adaptation aux réalités du marché financier. Lors de la consultation, la Chambre suisse des experts en caisses de pensions (CSEP) a même suggéré un taux de 3 %. Mais cela concernerait (encore) trop d'assurés.

Art. 15a (nouveau) Réduction des prestations lorsque le bénéficiaire a causé intentionnellement la mort de l'assuré

Dans sa réponse à l'interpellation du conseiller aux États Josef Dittli du 29 mai 2018 (18.3405, « Comment se fait-il qu'un meurtrier reçoive les prestations en capital des deuxième et troisième piliers de sa victime ? »), le Conseil fédéral a fait part au Parlement de son intention d'examiner une réglementation visant à permettre aux institutions de libre passage et aux institutions de la prévoyance individuelle liée (institutions du pilier 3a) de réduire ou de refuser des prestations en capital à des bénéficiaires qui auraient causé intentionnellement la mort de l'assuré.

Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, il existe déjà la possibilité de réduire ou de refuser les prestations de survivant en cas de faute grave. En particulier, en cas d'homicide volontaire, une réduction ou un refus des *prestations* obligatoires est possible sur la base des dispositions légales actuelles. Avec la modification d'ordonnance proposée ci-après, le Conseil fédéral répond à la demande exprimée par le CE Dittli dans son interpellation.

Al. 1

Le nouvel art. 15a donne explicitement aux institutions de libre passage le droit de réduire ou de refuser des prestations aux bénéficiaires qui *auraient* causé intentionnellement la mort de l'assuré.

Du point de vue systématique, le nouvel article est inséré après l'art. 15 OLP, car il complète la disposition définissant l'ordre des bénéficiaires auxquels les prestations doivent être versées par une disposition de nature dispositive *énonçant* un droit de réduire ou de supprimer ces prestations. L'art. 15a est conçu comme une disposition potestative : si une institution de libre passage entend faire usage de la possibilité de réduire ou de refuser les prestations en cas de décès dans certaines conditions, elle doit créer une base

réglementaire à cet effet. Le règlement de l'institution devra préciser si, et dans quelles conditions, les prestations doivent être réduites ou refusées.

Les institutions de libre passage disposent d'une certaine marge d'appréciation pour l'élaboration de cette réglementation et pour son application dans des cas particuliers. Elles doivent notamment pouvoir décider, lorsqu'un homicide a été commis, si les prestations seront réduites ou refusées, et quelle sera l'ampleur de la réduction appliquée. Elles pourraient par exemple prévoir un refus total de verser la prestation en cas d'assassinat, mais seulement une réduction en cas de meurtre intentionnel ou de meurtre passionnel. Cependant, les principes de proportionnalité, d'égalité et d'interdiction de l'arbitraire doivent alors être respectés.

Selon l'al. 1, l'application du droit de réduire ou de refuser les prestations suppose que l'institution de libre passage ait effectivement connaissance de l'homicide. En pratique, on peut imaginer des situations dans lesquelles une institution de libre passage verse des prestations de décès parce qu'elle ignore l'existence d'un homicide, par exemple lorsqu'elle n'a pas connaissance qu'une procédure pénale a été ouverte contre le bénéficiaire. Lorsque de telles situations se produisent, c'est-à-dire lorsqu'une institution de libre passage verse une prestation de capital-décès qu'elle aurait pu réduire ou refuser si elle avait eu connaissance des circonstances effectives, cette institution ne devrait pas pouvoir être tenue de verser à nouveau cette prestation à un autre survivant dans l'ordre des bénéficiaires (voir al. 2). Une institution de libre passage pourrait toutefois prévoir dans son règlement un droit de demander la restitution afin qu'elle puisse obliger la personne concernée à restituer la prestation dans un tel cas. Cela lui permettrait de verser la prestation de décès, du moins jusqu'à concurrence du montant restitué, au bénéficiaire suivant.

Bien entendu, une institution de libre passage doit, tant qu'un jugement définitif n'a pas été rendu, s'abstenir de verser une prestation de décès à un bénéficiaire contre lequel des poursuites pénales ont été engagées pour un délit qui, en cas de condamnation, serait de nature à entraîner une réduction ou un refus de la prestation.

Si un bénéficiaire se voit accorder, après avoir été condamné, une prestation de décès sous forme de capital réduite en conséquence, rien ne s'oppose à ce que le versement intervienne pendant la période d'exécution de la mesure ou de la peine. À la différence des prestations périodiques versées sous forme de rentes qui, parce qu'elles servent à compenser une perte de gain, sont habituellement suspendues pendant la durée d'une peine privative de *liberté* afin d'éviter de conférer un avantage indu à leur bénéficiaire, il n'y a aucune raison de suspendre le versement d'une prestation de capital-décès.

Al. 2

Cet alinéa règle la question de savoir ce qu'il advient de la prestation devenue disponible à la suite de la décision de réduction ou de refus prise aux dépens du bénéficiaire initial. Le fait que le capital-décès rendu disponible à la suite d'une réduction de la prestation soit versé à la personne qui suit dans l'ordre des bénéficiaires prévu à l'art. 15, al. 1, ou dans une clause bénéficiaire rédigée par la personne décédée (art. 15, al. 2), est conforme à l'objectif de prévoyance.

Disposition transitoire de la modification du 26 août 2020

La Chambre suisse des experts en caisse de pensions (CSEP) ne définissant plus de taux d'intérêt technique de référence, le ch. 3 de l'annexe (art. 19h) OLP (voir ci-dessous) doit être modifié dès que possible. Il ne serait toutefois pas pertinent sur le plan matériel de modifier une première fois la valeur actuelle de 2 % et de la modifier une deuxième fois, à peine quelques mois plus tard, lors du changement d'année (pour la portée matérielle

limitée de cette valeur, voir le commentaire de la modification de l'annexe [art. 19h] OLP). La valeur de 2 % utilisée de fait pour l'application de la formule de conversion jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente modification devrait donc, sur la base de cette disposition transitoire, continuer de s'appliquer jusqu'à la fin de l'année en cas de modification de l'annexe en cours d'année. Lors du prochain changement d'année, ce taux d'intérêt sera réexaminé et, si nécessaire, adapté sur la base de la nouvelle réglementation.

Annexe (art. 19h) OLP

Si, lors du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce après l'âge de la retraite, une part de la rente du conjoint débiteur est attribuée au conjoint créancier, l'institution de prévoyance doit procéder à la conversion *actuarielle* de ce montant (voir art. 124a, al. 3, ch. 1, CC en relation avec l'art. 19h, al. 1, OLP). Toutes les institutions de prévoyance appliquent la même formule de conversion et utilisent les mêmes paramètres techniques (voir annexe [art. 19h], ch. 1 et 3). Conformément à l'art. 19h, al. 1, OLP, l'OFAS met gratuitement à disposition un outil électronique de conversion⁴⁰.

La définition et la formulation de deux de ces paramètres techniques qui sont essentiels pour la formule de *conversion* sont adaptés.

Taux d'intérêt technique

Auparavant, le calcul était basé sur le taux d'intérêt technique de référence de la CSEP. Le 25 avril 2019, la CSEP a adopté la nouvelle directive technique DTA 4. Le 20 juin 2019, la CHS PP a adopté la nouvelle version de la DTA 4 comme standard minimal. Comme la nouvelle directive technique ne définit plus de taux d'intérêt technique général de référence, il est indispensable de déterminer un nouveau taux d'intérêt technique pour l'application future de la formule de conversion. C'est la moyenne, pondérée par le capital des rentiers, du taux d'intérêt *technique* moyen des institutions de prévoyance avec garantie étatique et du taux d'intérêt technique moyen des institutions de prévoyance sans garantie étatique et sans solution d'assurance complète qui sera utilisée à l'avenir dans le programme de conversion. La CHS PP publie ces deux taux chaque année dans son rapport sur la situation financière des institutions de prévoyance (voir le rapport de 2019⁴¹, pp. 11 et 13). L'OFAS actualisera⁴² le programme de conversion électronique le 1^{er} janvier de chaque année sur la base des derniers taux d'intérêt publiés par la CHS PP dans ce rapport. Conformément à la pratique actuarielle, la valeur sera arrondie à 0,25 point de pourcentage.

Les écarts entre le taux d'intérêt technique utilisé pour l'application de la formule de conversion et le taux d'intérêt technique effectif d'une institution de prévoyance n'ont qu'un impact mineur : si le taux d'intérêt technique utilisé dans l'outil de conversion est, par exemple, supérieur de 50 % à celui d'une institution de prévoyance ou si, à l'inverse, c'est le taux d'intérêt technique de l'institution de prévoyance qui est supérieur de 50 % à celui utilisé dans l'outil de conversion, l'augmentation ou la réduction des engagements de l'institution de prévoyance sont inférieures à 1 %, même en cas de différence d'âge plus importante entre les conjoints (dix ans, par ex.) (voir le commentaire des modifications du 10 juin 2016 de l'ordonnance sur le libre passage, annexe [art. 19h], dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 142 du 7 juillet 2016, en particulier les exemples 2 et 3, pp. 28 s)⁴³. Le fait que la solution proposée repose de manière dynamique sur les taux

⁴⁰ www.bsv.admin.ch/olp19h-conversion

⁴¹ oak-by.admin.ch > Thèmes > Recensement situation financière > Rapport sur la situation financière des institutions de prévoyance 2019

⁴² Par exemple, la CHS PP a publié en mai 2019 dans son rapport les taux d'intérêt techniques moyens sur la base des données collectées auprès des institutions de prévoyance pour l'année 2018. Selon cette disposition, ces taux sont ceux qui seraient utilisés pour l'application de la formule de conversion l'année suivante, c'est-à-dire à partir du 1^{er} janvier 2020.

⁴³ <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/d/6607/download>

d'intérêt techniques appliqués dans la pratique par les institutions de prévoyance minimise le risque d'écart.

Bases techniques LPP

On peut s'attendre à ce que les bases techniques LPP 2015 soient remplacées par les bases techniques LPP 2020, car une actualisation a généralement lieu tous les cinq ans. La disposition doit, dans ce cas aussi, être conçue de manière évolutive et formulée de manière à ce qu'il ne soit pas nécessaire d'en modifier le libellé après chaque actualisation. C'est pourquoi il est précisé que ce sont les bases techniques LPP pertinentes au moment déterminant pour la conversion qui doivent être utilisées pour l'application de la formule.

Comme c'est le cas actuellement, l'outil de conversion affichera automatiquement pour chaque calcul les bases techniques et le taux d'intérêt utilisés. Cette information est actuellement formulée comme suit : « Calculé au moyen des bases techniques LPP 2015, taux technique de 2,00 % pour l'année civile 2020 ».

2.2 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Art. 1h, al. 1

(art. 1, al. 3, LPP)

Cette disposition prévoit que le principe d'assurance est respecté lorsque l'institution de prévoyance affecte au moins une certaine part du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité. Actuellement cette part est fixée à 6 %.

Selon les données biométriques les plus récentes des institutions de prévoyance (essentiellement ici la probabilité de devenir invalide), celles-ci affectent en moyenne, pour l'assurance obligatoire, environ 6,6 % du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité. Ce pourcentage a baissé par rapport aux 10 % indiqués lors des calculs préparatoires effectués en 2005 quand le principe d'assurance a été instauré. Cette baisse de coûts est due au nombre plus faible de rentes nouvelles dans l'assurance-invalidité. La limite de 6 % qui correspondait à 60 % de la part de la prime moyenne théorique devrait donc être réduite par voie d'ordonnance. Sinon, l'ordonnance obligerait les institutions de prévoyance à affecter artificiellement trop d'argent à la couverture des risques et à maintenir des primes de risque trop élevées. En gardant la même proportion, la limite est par conséquent abaissée à 4 %. Elle reste atteignable, même si la sinistralité en cas d'invalidité venait à baisser encore dans les années à venir pour ne plus représenter que les trois quarts de la sinistralité actuelle. Cette modification était déjà prévue dans le cadre de la réforme de la prévoyance vieillesse 2020. Elle n'était d'ailleurs pas contestée.

Tant au sein d'une institution de prévoyance à laquelle un seul employeur est affilié qu'au sein d'une institution affiliant plusieurs employeurs, il suffit, pour déterminer si le principe d'assurance est suffisamment respecté, de vérifier si la part de 4% de cotisations affectée au risque est atteinte de manière globale pour l'ensemble de la prévoyance du personnel d'un employeur, et non pour chaque plan.

Art. 47, al. 4

(art. 65a, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

En vertu de la modification du 23 décembre 2011 du droit comptable (RO 2012 6679, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013), il est nécessaire d'adapter le renvoi au code des obligations de l'art. 47, al. 4, OPP 2. Cette modification est purement formelle.

Depuis l'introduction du nouveau droit comptable, les dispositions visées à l'art. 47, al. 4, OPP 2 ne sont plus toutes compatibles avec les normes de présentation des comptes Swiss GAAP RPC 26, d'où la nécessité de modifier le renvoi. Désormais, l'art. 47, al. 4, OPP 2 ne renvoie plus qu'aux articles suivants : 957a, 958, al. 3, 958c, al. 1 et 2, et 958f CO.

Art 53, al. 1, let. d^{bis} et e, al. 2, dernière phrase, et art. 55, let. f

(art. 71, al. 1, LPP)

Ces modifications mettent en œuvre la motion du conseiller national Thomas Weibel (15.3905 « Rendre les placements dans les infrastructures plus attrayants pour les caisses de pension ») adoptée par le Parlement le 15 mars 2018. La motion vise à promouvoir des actifs en nature pertinents pour la société dans son ensemble. Selon l'auteur de la motion, ces actifs comprennent notamment les infrastructures dans les domaines de l'énergie, de la mobilité, de l'approvisionnement et de la santé. L'objectif est de permettre aux institutions de prévoyance d'investir davantage dans des projets écologiquement durables réalisés en Suisse.

Les institutions de prévoyance apporteraient ainsi des sources de financement privées pour la transition énergétique voulue par le Conseil fédéral et le Parlement. Dans le même temps, elles réaliseraient des rendements à long terme qui profiteraient aux assurés. Le libellé de la modification d'ordonnance demandée ne limite toutefois pas ces placements à la Suisse. Des placements à l'étranger sont par conséquent aussi autorisés.

Avant la présente modification de l'ordonnance, les placements dans les infrastructures étaient considérés comme des placements alternatifs. Conformément à l'art. 53, al. 4, OPP2, ils n'étaient donc autorisés que sous la forme de placements collectifs. Désormais, s'ils sont diversifiés de façon appropriée, les placements dans les infrastructures pourront également s'effectuer sous la forme de placements directs, conformément à l'art. 53, al. 2, OPP2. « Diversifiés de façon appropriée » signifie en l'occurrence que la contrepartie ne peut pas excéder 1 % de la fortune de prévoyance. Il convient en outre de souligner que l'art. 53, al. 5, OPP2 continue à s'appliquer⁴⁴. Cela signifie que les placements dans les infrastructures qui présentent un effet de levier continuent à être considérés comme des placements alternatifs, comme c'est le cas pour tous les placements avec effet de levier à l'exception des placements mentionnés aux art. 53, al. 5, let. b à d, OPP 2. On ne peut donc inclure dans la nouvelle catégorie de placements dans les infrastructures que ceux qui ne présentent aucun effet de levier.

2.3 Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)

Art. 2a (nouveau) Réduction des prestations lorsque le bénéficiaire a causé intentionnellement la mort du preneur de prévoyance

Le nouvel art. 2a, qui s'insère après la disposition définissant l'ordre des bénéficiaires dans le pilier 3a, permet aux institutions de la prévoyance individuelle liée (art. 1, al. 1, let. a et b, OPP 3) de réduire ou de refuser la prestation à un bénéficiaire qui aurait causé intentionnellement la mort du preneur de prévoyance. Cette disposition correspondant à celle prévue dans l'OLP (art. 15a), il est possible de renvoyer au commentaire de celle-ci, qui vaut aussi pour les institutions de la prévoyance liée (institutions du pilier 3a).

Art. 3, al. 2, let. b Abrogée

L'utilisation des avoirs des comptes et des polices du pilier 3a pour le rachat dans une institution de prévoyance et le transfert à d'autres comptes et polices du pilier 3a sont, pour

⁴⁴ La motion Weibel n'a demandé aucune modification sur ce point.

des raisons systématiques, réglés dans le nouvel art. 3a. L'al. 2 ne règle plus que les situations dans lesquelles des avoirs du pilier 3a quittent le circuit de la prévoyance.

Art. 3a (nouveau) Transfert du capital de prévoyance dans une institution de prévoyance ou dans d'autres formes reconnues de prévoyance

Le nouvel art. 3a règle les situations dans lesquelles des avoirs du pilier 3a sont déplacés à l'intérieur du circuit de la *prévoyance*.

Al. 1, let. a

L'utilisation des avoirs des comptes et des polices du pilier 3a pour le rachat dans une institution de prévoyance et le transfert sont actuellement réglés à l'art. 3, al. 2, let b. Par rachat dans une institution de prévoyance, on entend tant les institutions de prévoyance enregistrées (art. 48 LPP) que les institutions de prévoyance non enregistrées qui sont soumises à la LFLP (art. 5 LPP). Pour des raisons systématiques, cette règle a été déplacée dans le nouvel art. 3a. D'un point de vue matériel, rien ne change : dans le droit en vigueur, les assurés ont déjà la possibilité de résilier le rapport de prévoyance et d'utiliser leurs avoirs pour le rachat dans une institution de prévoyance. Il s'agit d'un transfert neutre du point de vue fiscal.

Al. 1, let. b

Le transfert d'avoirs des comptes et des polices du pilier 3a à une autre institution du pilier 3a est actuellement réglé à l'art. 3, al. 2. D'un point de vue matériel, rien ne change. Dans le droit en vigueur jusqu'à présent, les assurés avaient déjà la possibilité de résilier le rapport de prévoyance et de transférer l'avoir dans une autre institution du pilier 3a. Il s'agit là d'un transfert neutre du point de vue fiscal.

Al. 2

Avant 2014, conformément à la pratique des autorités fiscales, le recours aux avoirs du pilier 3a pour effectuer un rachat dans une institution de prévoyance n'était admis que si la police ou le compte du pilier 3a étaient intégralement résiliés. La condition de la résiliation était que l'avoir soit entièrement utilisé pour le rachat. Si l'avoir du pilier 3a dépassait le montant maximal possible du rachat dans le 2^e pilier, la résiliation n'était pas autorisée. En particulier, il n'était pas admis de ne sortir du 3^e pilier que la partie de son avoir qui était effectivement nécessaire pour combler la lacune de prévoyance dans le 2^e pilier. Cette conception stricte se fondait sur la teneur de la phrase introductive de l'art. 3, al. 2, qui parle de résiliation du rapport de prévoyance.

Après discussion avec le Groupe de travail prévoyance de la Conférence suisse des impôts, l'OFAS a précisé cette pratique dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 136, ch. 893. Il considérait qu'un transfert partiel du pilier 3a devait être autorisé dans la mesure où il permettait de combler entièrement la lacune dans le 2^e pilier. Par contre, un comblement partiel de la lacune du 2^e pilier par le biais d'un transfert partiel du pilier 3a reste exclu selon lui.

La présente modification inscrit explicitement la pratique actuelle dans l'ordonnance : le transfert partiel du capital de prévoyance du pilier 3a vers le 2^e pilier est admis pour autant que ce rachat comble entièrement la lacune.

Par exemple : si le rachat possible dans le 2^e pilier est de 50 000 francs et que le capital de prévoyance dans le pilier 3a s'élève à 70 000 francs, il n'est pas possible de ne racheter que 30 000 francs dans le 2^e pilier : la lacune de prévoyance doit être entièrement comblée, à savoir à hauteur de 50 000 francs.

Al. 3

La teneur de l'actuel art. 3 OPP 3 ne permet pas de savoir clairement si le transfert du capital de prévoyance d'une forme de prévoyance reconnue à une autre est encore admis une fois que l'assuré atteint l'âge minimal pour la perception anticipée de la prestation de vieillesse (actuellement 59 ans actuellement pour les femmes et 60 ans pour les hommes). Or, un tel transfert doit être admis et les assurés qui trouvent une forme de prévoyance *reconnue* offrant des conditions plus intéressantes ne doivent pas être empêchés d'y transférer leur avoir du pilier 3a. La nouvelle disposition d'ordonnance écarte tout doute à ce propos.

Un transfert de ce type sera possible jusqu'à ce que l'assuré ait atteint l'âge ordinaire de la retraite (actuellement 64 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes). Si le preneur de prévoyance prouve qu'il continue d'exercer une activité **lucrative**, le transfert de l'avoir du 3^e pilier à une autre forme reconnue de prévoyance sera également autorisé après avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite.

En outre, l'assuré pourra utiliser l'avoir du 3^e pilier pour racheter des cotisations dans une institution de prévoyance exonérée d'impôts après avoir atteint l'âge minimal donnant droit à la perception de prestations de vieillesse. Une telle utilisation de l'avoir du 3^e pilier doit également être possible après l'âge ordinaire de la retraite, à la condition que le preneur d'assurance prouve qu'il continue d'exercer une activité lucrative.

Al. 4

Une police d'assurance qui arrive à échéance avant la date la plus avancée de versement des prestations de vieillesse possible, soit cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite (art. 3, al. 1, OPP 3), doit obligatoirement être transférée dans une autre institution du pilier 3a. En revanche, lorsque l'échéance d'une police a été fixée contractuellement dans les cinq ans précédant l'âge ordinaire de la retraite (art. 3, al. 1, OPP 3), un transfert dans une autre institution du pilier 3a n'est plus possible une fois les prestations échues. Cela vaut même si la **personne** continue d'exercer une activité lucrative au-delà de l'âge de la retraite. Cela étant, le terme contractuel de ces polices peut être prolongé avant l'échéance du contrat – à condition que ce soit prévu dans le contrat d'assurance –, mais au plus tard jusqu'à cinq ans après l'âge ordinaire de la retraite et à la condition que le preneur d'assurance continue d'exercer une activité lucrative.

2.4 Ordonnance sur les fondations de placement (OFP)

Art. 17, al. 1, let. c

(art. 53k, let. c et d, LPP)

Comme pour les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs ou des placements immobiliers à l'étranger, les directives de placement des groupes de placement dans le domaine des infrastructures doivent être examinées au préalable par l'autorité de surveillance. Un examen préalable permet de s'assurer que les directives de placement correspondent dès le début aux prescriptions légales, ce qui évite de devoir les modifier ultérieurement. L'examen préalable est particulièrement important pour les placements liquides, une particularité que présentent également les placements dans les infrastructures. En cas d'examen préalable, les groupes de placements ne sont formés qu'après la clôture de la procédure d'examen. L'autorité de surveillance peut renoncer à un examen préalable lorsque celui-ci est inutile.

Art. 19

(art. 53k, let. e, LPP)

Comme pour les placements alternatifs ou pour les groupes de placements immobiliers, la possibilité des engagements de capital est également prévue pour les groupes de placements dans les infrastructures. Les engagements de capital représentent un risque pour un investisseur, car elles représentent une obligation qui peut être exigée à un moment inopportun. Ils sont cependant courants en ce qui concerne les placements dans les infrastructures.

Art. 32, al. 2, let. a^{bis} (nouveau)

(art. 53k, let. c et d, LPP)

Les filiales jouent un rôle important en matière de placements dans les infrastructures, et elles doivent faire l'objet d'une autorisation, comme pour les groupes de placements immobiliers et pour les placements alternatifs.

Art. 37, al. 2

(art. 53k, let. e, LPP)

Comme pour les groupes de placements dans les domaines de l'immobilier, des placements alternatifs, des placements à haut rendement ou d'autres groupes de placements avec peu de placements liquides, la publication d'un *prospectus* est également exigée pour les nouveaux placements dans les infrastructures. Cela garantit une transparence adéquate et permet à l'investisseur du domaine des 2^e et 3^e piliers d'être informé sur les détails du placement. Étant donné que les placements dans les infrastructures sont aussi des placements relativement illiquides, il est pertinent de les considérer comme les autres placements illiquides.

Prise de position

1040 Art. 5, al. 1, let. a, LFLP : preuve du départ définitif de Suisse et devoir de diligence de l'institution de prévoyance

En pratique, il arrive que des assurés qui ont quitté définitivement le pays reviennent en Suisse peu de temps après. Pour les institutions de prévoyance, la question se pose de savoir quels documents elles doivent exiger et examiner pour qu'on ne puisse pas leur reprocher un manque de diligence lors d'un versement en espèces.

Il incombe aux institutions de la prévoyance professionnelle de vérifier que les conditions d'un versement en espèces sont remplies. Elles décident elles-mêmes quels documents les assurés doivent leur transmettre. Ce point n'est pas réglé par la loi. L'assuré doit fournir à l'institution de prévoyance la preuve que son départ de Suisse a un caractère définitif. Selon la jurisprudence, ont notamment valeur de preuves les documents suivants : l'attestation de départ de la dernière commune de résidence en Suisse, le contrat de travail conclu par l'assuré avec un (nouvel) employeur à l'étranger, le contrat de location ou d'achat d'un appartement ou d'une maison à l'étranger, ou encore l'attestation d'établissement délivrée par l'autorité étrangère compétente (cf. ATF 127 I 97, p. 99). De plus, pour les personnes mariées, le consentement écrit du conjoint est requis (art. 5, al. 2, LFLP, cf. ATF 130 V 103).

De façon générale, la question de savoir si une institution de prévoyance a fait preuve d'un manque de diligence lors de l'examen d'une demande de versement est difficile à trancher. Le tribunal examine la question au cas par cas, en fonction de la situation concrète. Toutefois, un retour ultérieur en Suisse après un versement en espèces n'est pas forcément problématique. Conformément à l'expérience générale de la vie, il est possible que l'assuré ait ultérieurement des raisons de revenir en Suisse (par ex. en cas de dissolution

du mariage avec le/la partenaire étranger/ère).

Pour l'institution de prévoyance, c'est la pertinence des documents exigés au moment de l'examen de la demande de versement en espèces qui est déterminante. Si, sur la base de ces moyens de preuve, elle pouvait considérer pour des raisons objectives que le départ de l'assuré était définitif, il ne peut lui être fait aucun reproche a posteriori. Si les conditions d'un départ définitif de Suisse étaient (objectivement) remplies au moment de la demande de versement, mais qu'elles ont changé ultérieurement, il ne serait généralement pas possible de prouver que les conditions d'un départ (subjectivement) définitif n'étaient pas remplies.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 150

Prise de position

1006 Brexit et versement en espèces

La date de sortie du Royaume-Uni hors de l'Union européenne n'est pas encore connue et ses conséquences sont encore incertaines. Vous trouverez les informations les plus actuelles à ce sujet sur les pages internet suivantes:

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/int/brexit.html>

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/int/brexit-sozialversicherungen.html>

Jusqu'à nouvel avis, les personnes qui quittent définitivement la Suisse pour le Royaume-Uni ne pourront pas exiger le versement en espèces de leur avoir de vieillesse obligatoire LPP. Vous trouverez de plus amples informations à ce sujet sur le site internet de l'Organe de liaison:

http://www.sfbvg.ch/xml_3/internet/FR/application/f42.cfm

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 147

Indications

982 Brochure « Prestation de libre passage : n'oubliez pas vos avoirs de prévoyance ! »

Il arrive que les assurés oublient l'existence de leur avoir de libre passage, notamment lorsqu'il s'agit de travailleurs étrangers qui quittent définitivement la Suisse. La brochure « Prestation de libre passage : n'oubliez pas vos avoirs de prévoyance ! » explique aux assurés ce qu'est le libre passage, les situations dans lesquelles ils doivent s'en préoccuper et où s'adresser pour recevoir de l'aide s'ils pensent disposer d'un avoir de libre passage oublié.

Lien internet:

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/vergessene-freizuegigkeitsguthaben.html>

983 Avis de droit sur la question des intérêts négatifs sur des comptes de libre passage sous forme d'épargne pure

L'OFAS a publié sur internet un avis de droit de Me Jacques-André Schneider, avocat, docteur en droit et professeur à l'Université de Lausanne et de Me Céline Moullet, avocate, sur la possibilité d'imputer des intérêts négatifs sur les comptes de libre passage sous forme d'épargne pure. Cet

avis de droit conclut que le prélèvement d'intérêts négatifs sur un compte de libre passage sous forme d'épargne pure n'est pas permis.

Liens internet :

<https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/ahv/studien/gutachten-schneider-troillet.pdf.download.pdf/gutachten-schneider-troillet.pdf>

<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen.html>

Jurisprudence

987 Divorce : intérêts compensatoires aussi pour les avoirs dans des institutions de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 10 octobre 2017, [9C_149/2017](#) ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, art. 2, al. 3, 22 et 26 LFLP, art. 8a OLP et 12 OPP 2)

La prestation de sortie à transférer doit être créditée du taux d'intérêt minimal LPP ou d'un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant.

Le TF devait se prononcer sur la question de savoir quel était le taux d'intérêt applicable à la prestation de libre passage à transférer suite au partage du 2^e pilier pour cause de divorce. Le TF a jugé comme suit :

Dans la mesure où les prestations de prévoyance maintenues au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage font partie des prestations de sortie à partager en cas de divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, les dispositions idoines de la LFLP et de l'OLP (qui renvoie à son tour à l'OPP 2) *s'appliquent* aussi aux avoirs dans des institutions de libre passage. En particulier, pour le calcul de la prestation de sortie à partager, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au moment du divorce ; le taux prévu par l'art. 12 OPP 2 est déterminant, à défaut de taux réglementaire plus élevé (cf. art. 8a, al. 1, OLP en relation avec l'art. 26, al. 3, LFLP et [ATF 129 V 251](#); cf. également [Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 47](#), ch. 270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage, p. 3).

Cela vaut aussi pour la prestation de libre passage à transférer: celle-ci doit être rémunérée au taux d'intérêt minimal LPP ou à un taux réglementaire plus élevé à partir du jour déterminant (remarque de l'OFAS : dans ce cas qui avait été jugé selon l'ancien droit, le jour déterminant correspondait à celui de l'entrée en force du jugement de divorce) et ce principe s'applique non seulement aux avoirs se trouvant dans des institutions de prévoyance mais également à ceux placés dans des institutions de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 146

Jurisprudence

981 Délai réglementaire pour demander une prestation en capital

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 juillet 2017, [9C_86/2017](#), arrêt en allemand)

La fixation d'un délai réglementaire convenable pour demander une prestation en capital est aussi admissible dans le cadre de la prévoyance obligatoire au sens de l'art. 37, al. 2, LPP.

(Art. 37, al. 2 et 4, let. b, LPP)

Le TF avait à juger du délai réglementaire pour faire connaître sa volonté de recevoir une prestation en capital. En l'espèce, le règlement disposait que l'assuré doit communiquer par écrit

le montant du capital qu'il *souhaite* percevoir au plus tard un mois avant la fin des rapports de travail, et qu'il peut demander que son avoir de prévoyance lui soit versé intégralement ou en partie sous forme de capital au lieu d'une rente, sous réserve de l'art. 79b, al. 3, LPP.

L'assuré, qui a manqué le délai fixé, a invoqué devant le TF que la possibilité de recevoir une prestation en capital en lieu et place d'une rente, garantie par l'art. 37, al. 2, LPP, ne saurait dépendre d'autres conditions fixées dans le règlement.

Étant donné que la loi ne fixe pas de délai pour faire valoir l'option d'une prestation en capital, le TF a examiné s'il était admissible qu'une institution de prévoyance en prévoie un dans son règlement – y compris lorsque, dans le cadre de l'art. 37, al. 2, LPP, le retrait porte sur une part limitée de l'avoir de vieillesse. Le TF a retenu tout d'abord que l'art. 37, al. 2, LPP porte seulement sur l'avoir de prévoyance obligatoire et qu'il donne à tout assuré la possibilité d'en percevoir le quart sous forme de *capital*. Ensuite, il a considéré qu'il est délibérément voulu que, suivant le règlement applicable, il n'y ait pas de délai ou que le délai fixé soit plus ou moins long, et que cela ne constitue pas une entorse au principe de l'égalité de traitement. Le TF a conclu par conséquent que la fixation d'un délai réglementaire pour demander une prestation en capital est admissible, y compris dans le cadre de la prévoyance obligatoire visée à l'art. 37, al. 2, LPP. L'art. 37, al. 4, let. b, LPP permet expressément aux institutions de prévoyance de prévoir un délai dans leurs règlements. Cette disposition serait vidée de son sens si elle n'était pas applicable également à l'option en capital selon l'art. 37, al. 2, LPP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 145

Indication

967 2^e pilier : le Conseil fédéral réglemente le choix des stratégies de placement et facilite le remboursement d'avoirs de prévoyance

À partir du 1^{er} octobre 2017, les assurés réalisant de hauts revenus et auxquels les caisses de pension proposent plusieurs stratégies de placement à choix, lors de leur sortie de l'institution de prévoyance, pourront non seulement récupérer un rendement des investissements plus élevé, mais ils assumeront aussi seuls les pertes éventuelles. De plus, à partir de cette même date, les assurés auront la possibilité de rembourser plus facilement le capital de prévoyance prélevé pour devenir propriétaires de leur logement. Le Conseil fédéral a décidé l'entrée en vigueur de ces deux modifications législatives lors de sa séance du 30 août 2017.

La première modification d'ordonnance, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} octobre 2017, concerne uniquement les institutions de prévoyance qui assurent la partie du salaire annuel dépassant 126 900 francs et qui proposent à leurs assurés plusieurs stratégies de placement à choix (appelées plans 1e). Plus la stratégie retenue vise un rendement élevé, plus le placement risque aussi de subir une perte importante. Les modifications apportées à la loi sur le libre passage et aux dispositions correspondantes de l'ordonnance OPP 2 donnent aux institutions de prévoyance la possibilité non seulement de remettre aux assurés qui les quittent leur avoir augmenté des gains obtenus sur les marchés, mais aussi de leur faire porter les pertes subies du fait de la stratégie de placement qu'ils ont choisie. Ainsi, les pertes de placement n'auront pas à être supportées par les assurés qui restent dans les plans 1e.

Toutefois, une certaine protection est garantie aux assurés des plans 1e, car les institutions de prévoyance devront leur proposer au moins une stratégie de placement à faible risque. Comme le Parlement lui en a donné le mandat, le Conseil fédéral a défini ce qu'il faut entendre par « faible risque », en mettant l'accent sur la qualité et la sécurité des placements. Mais une sécurité supérieure a son prix et il faudra en tenir compte : les placements à faible risque ne rapportent guère de rendements dans le contexte actuel caractérisé par la faiblesse des taux. Les caisses

de pension seront tenues d'informer les assurés de manière complète sur les risques et les coûts associés à leur choix.

Le Conseil fédéral a modifié d'autres dispositions pour que les principes fondamentaux de la prévoyance professionnelle restent garantis y compris dans le cas des plans 1^e. Ainsi, pour respecter le principe de la collectivité, les institutions de prévoyance pourront proposer dix stratégies de placement au maximum par employeur affilié (ou par caisse de pension affiliée). Conformément à la loi, le 2^e pilier vise à ce que les retraités puissent conserver de manière appropriée leur niveau de vie antérieur (rapport entre revenu et prestation d'assurance). C'est pourquoi le Conseil fédéral a défini une manière simple d'évaluer et de contrôler l'adéquation des plans 1^e, en dépit de rendements très fluctuants. Seule une prévoyance adéquate peut en effet bénéficier d'un avantage fiscal. Désormais, la procédure pour examiner l'adéquation sera claire et peu coûteuse.

La nouvelle réglementation des plans 1^e fait suite à la motion « Adaptation de la législation relative au libre passage et au fonds de garantie » (08.3702) du conseiller national Jürg Stahl.

Remboursement facilité du capital retiré pour accéder à la propriété

La seconde modification d'ordonnance concerne les assurés qui, dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL), ont effectué des retraits anticipés pour acquérir un logement et qui souhaitent les rembourser. Ils peuvent actuellement rembourser le montant prélevé au moyen de tranches de 20 000 francs au minimum, ce qui peut se révéler dissuasif pour les assurés ne disposant pas de moyens financiers importants. A partir du 1^{er} octobre 2017, ce montant minimal sera abaissé à 10 000 francs, afin d'inciter les assurés à effectuer davantage de remboursements. Ils disposeront ainsi d'un avoir de prévoyance plus élevé au moment de leur retraite. Cette décision fait suite au postulat du conseiller national Roberto Zanetti « Réduction du montant minimal des remboursements selon l'OEPL » (14.3210) et trouve sa concrétisation dans une modification de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL).

Lien internet pour le communiqué de presse:

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-67902.html>

Lien internet pour la modification de la LFLP du 18 décembre 2015 (FF 2015 8743):

<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/8743.pdf>

Nous publions ci-après les modifications de la LFLP et des ordonnances (*seule* fait foi la version publiée dans le [Recueil officiel](#)):

**Loi fédérale
sur le libre passage dans la prévoyance
professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(Loi sur le libre passage, LFLP)**

Modification du 18 décembre 2015

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 11 février 2015⁴⁵,
arrête:*

I

La loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage⁴⁶ est modifiée comme suit:

Art. 19a Droits en cas de choix de la stratégie de placement par l'assuré

¹ Les institutions de prévoyance qui assurent exclusivement la partie de salaire supérieure à une fois et demie le montant maximal fixé à l'art. 8, al. 1, LPP⁴⁷ et proposent plusieurs stratégies de placement peuvent prévoir que l'assuré qui quitte l'institution de prévoyance recevra, en dérogation aux art. 15 et 17 de la présente loi, la valeur effective de l'avoir de prévoyance au moment de la sortie. Dans ce cas, elles doivent proposer au moins une stratégie de placement à faible risque. Le Conseil fédéral définit les placements à faible risque.

² Lors du choix d'une stratégie de placement, l'institution de prévoyance doit informer l'assuré des risques et des coûts associés aux différentes stratégies proposées. L'assuré doit confirmer par écrit qu'il a reçu ces informations.

³ La prestation de sortie n'est pas créditée d'intérêts à partir du moment de son exigibilité.

II

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil national 18 décembre 2015

La présidente: Christa Markwalder
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Conseil des Etats, 18 décembre 2015

Le président: Raphaël Comte
Le secrétaire: Martina Buol

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 9 avril 2016 sans avoir été utilisé.

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} octobre 2017.

30 août 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

⁴⁵ FF 2015 1669

⁴⁶ RS 831.42

⁴⁷ RS 831.40

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 30 août 2017

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁴⁸ est modifiée comme suit:

Art. 1, al. 5

⁵ Un plan de prévoyance avec le choix de la stratégie de placement d'après l'art. 1e est considéré comme adéquat lorsque:

- a. les conditions prévues à l'al. 2, let. b, sont remplies, et que
- b. pour le calcul du montant maximal de rachats, des cotisations supérieures à 25 % en moyenne du salaire assuré par année de cotisations possible, intérêts non compris, ne peuvent pas être prises en compte.

Art. 1e *Choix des stratégies de placement*

• (art. 1, al. 3, LPP)

¹ Seules les institutions de prévoyance, qui assurent exclusivement la partie de salaire supérieure à une fois et demie le montant-limite supérieur fixé à l'art. 8, al. 1, LPP, peuvent proposer des stratégies de placement différentes dans le cadre d'un même plan de prévoyance.

² L'institution de prévoyance peut proposer dix stratégies de placement au plus par caisse de pensions affiliée.

³ L'avoir de prévoyance d'un assuré ne peut pas être fractionné et placé selon des stratégies différentes ni être placé selon des pondérations différentes à l'intérieur d'une même stratégie.

⁴ Les institutions de prévoyance peuvent proposer aux caisses de pensions qui leur sont affiliées le choix entre plusieurs gestionnaires de fortune externes pour chaque stratégie de placement. Les caisses de pensions affiliées ne peuvent choisir les gestionnaires de fortune que parmi ceux que l'institution de prévoyance leur propose.

⁵ Pour un même collectif d'assurés, les stratégies de placement proposées doivent être accessibles à tous. Le résultat des placements d'une stratégie doit être imputé selon les mêmes critères aux avoirs des assurés d'un collectif qui ont choisi cette stratégie.

Art. 50, al. 4, 1^{re} phrase, 4^{bis} et 5

⁴ Si l'institution de prévoyance prouve de façon concluante dans l'annexe aux comptes annuels qu'elle respecte les al. 1 à 3, elle peut, si son règlement le prévoit, étendre les possibilités de placement prévues aux art. 53, al. 1 à 4, 54, 54a, 54b, al. 1, 55, 56, 56a, al. 1 et 5, et 57, al. 2 et 3.

^{4bis} Une institution de prévoyance qui propose plusieurs stratégies de placement dans le cadre d'un même plan de prévoyance peut, si son règlement le prévoit, étendre les possibilités de placement prévues aux art. 53, al. 1 à 4, 54, 54a, 54b, al. 1, 55, 56, et 56a, al. 1 et 5. Elle doit démontrer de façon concluante dans l'annexe aux comptes annuels qu'elle respecte les al. 1 et 3 et, par analogie, l'al. 2. Les placements soumis à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires sont interdits.

⁵ Si les conditions fixées aux al. 4 et 4^{bis} pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut aussi exiger une adaptation du placement de la fortune.

Art. 53a *Placements à faible risque*

• (art. 19a LFLP)

¹ Sont réputés à faible risque les placements suivants:

- a. les montants en espèces (en francs suisses);

⁴⁸ RS 831.441.1

- b. les créances au sens de l'art. 53, al. 1, let. b, ch. 1 à 8, en francs suisses ou en devises étrangères garanties et présentant une bonne solvabilité, à l'exception des obligations d'emprunts convertibles ou assorties d'un droit d'option.

² L'échéance moyenne de toutes les créances ne doit pas dépasser cinq ans. Les produits dérivés sont admis uniquement pour garantir des créances en devises étrangères.

Art. 54b, al. 3

³ Une institution de prévoyance, qui propose des stratégies de placement différentes dans le cadre d'un même plan de prévoyance, ne peut pas mettre en gage des objets immobiliers.

II

Disposition transitoire de la modification du 30 août 2017

¹ Les institutions de prévoyance qui proposent déjà un choix entre différentes stratégies de placement le 1^{er} octobre 2017 doivent adapter leurs règlements et leurs stratégies de placement d'ici au 31 décembre 2019 au plus tard.

² Tant qu'elles n'offrent pas à leurs assurés la possibilité de choisir une stratégie de placement à faible risque (art. 53a), elles ne peuvent déroger aux art. 15 et 17 LFLP lors de la sortie d'un assuré de l'institution de prévoyance.

III

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} octobre 2017.

30 août 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Commentaire des modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) apportées dans le cadre de la modification de la loi sur le libre passage (art. 19a LFLP)

1 Introduction

1.1 Contexte

Le 18 décembre 2015, le Parlement a adopté la révision de la LFLP concernant les droits en cas de choix de la stratégie de placement par l'assuré. Le délai référendaire a expiré le 9 avril 2016 sans qu'un référendum ait été lancé.

L'art. 19a LFLP est désormais déterminant pour le calcul de la prestation de sortie des assurés qui ont la possibilité de choisir eux-mêmes la stratégie de placement de leur avoir de prévoyance dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 1e OPP 2). L'institution de prévoyance peut transférer à ces assurés la valeur effective de leur avoir de prévoyance au moment de leur sortie, même si le résultat de ce placement s'avère être une perte. Afin de garantir une certaine protection aux assurés, toute institution de prévoyance ou, s'il s'agit de caisses d'employeur affiliées à une institution collective ou commune, toute caisse de pensions (autrement dit, en général, pour chaque employeur affilié) devra toutefois proposer au moins une stratégie de placement à faible risque. Les institutions de prévoyance devront également fournir une information détaillée sur les risques et les coûts associés aux différentes stratégies proposées.

La modification du 18 décembre 2015 est publiée dans la feuille fédérale (FF 2015 8743). Le message du Conseil fédéral est publié dans la FF 2015 1669. La révision des lois et les dispositions d'ordonnances correspondantes entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2017.

1.2 Adaptations au niveau des ordonnances

Le nouvel art. 19a LFLP charge le Conseil fédéral de définir les placements à faible risque. Le message annonce également que les principes généraux de la prévoyance professionnelle, notamment les principes d'adéquation et de planification, devront être vérifiés et précisés pour ces formules particulières de prévoyance. La compétence législative du Conseil fédéral découle de l'art. 1, al. 3 LPP. Le fait que le risque soit supporté par les assurés requiert en outre certaines adaptations des prescriptions de placement de manière à garantir la sécurité des placements et une répartition appropriée des risques (art. 71 LPP). Ces adaptations sont apportées dans l'ordonnance du 18 avril 1984⁴⁹ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2).

2. Commentaire des modifications de l'OPP 2

Art. 1, al. 5 Cotisations et prestations

Contrairement à la normale, où le rendement des placements est appliqué au collectif des assurés, le rendement des plans de prévoyance donnant le choix de la stratégie de placement (appelés plans 1e) a un impact direct sur la prestation de prévoyance de ceux qui les ont choisis. Les prestations doivent rester dans les limites adéquates même lorsque la stratégie de placement s'avère performante à moyen et à long terme (cf. message du 11 février 2015 concernant une modification de la loi sur le libre passage [Droits en cas de choix de la stratégie de placement par l'assuré], point 1.4 « Grandes lignes de la solution proposée », FF 2015 1674ss⁵⁰). C'est pourquoi une définition spécifique de l'adéquation s'impose pour ces plans de prévoyance.

Un plan 1^e est réputé adéquat lorsque, conformément au modèle de calcul, le montant total des cotisations de l'employeur et du salarié ou les cotisations de l'indépendant destinées au financement

⁴⁹ RS 831.441.1

⁵⁰ <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/1669.pdf>

des prestations de vieillesse ne dépassent pas en moyenne 25 % de la somme annuelle des salaires ou revenus AVS assurables. Lorsque plusieurs plans de prévoyance sont proposés à choix (voir art. 1d), le plan dont les cotisations sont les plus élevées doit lui aussi remplir ces conditions. Pour fixer la somme maximale de rachat, le tableau de rachats ne peut pas prendre en compte, par année, un montant de cotisations supérieur à 25 % du salaire assuré – intérêts non compris, en vertu de la règle d'or. L'ajout de ce second critère devrait suffire pour garantir le respect du principe d'adéquation. Il justifie également que, contrairement aux autres institutions de prévoyance, celles qui offrent des plans 1e ne seront plus tenues de respecter le plafond indiqué à l'al. 3. En effet, pour examiner leurs plans de prévoyance sous l'angle de l'adéquation au sens de cet alinéa, il faut supposer un produit des placements ou une rémunération de l'intérêt qui diffèrent, selon toute probabilité, de ce qu'ils seront en réalité. La présente réglementation permettra ainsi de se passer de la preuve d'adéquation que l'on demandait jusqu'à présent pour toute stratégie de placement particulière⁵¹.

Puisque les plans 1e ne peuvent être proposés que par les institutions de prévoyance qui assurent exclusivement la partie de salaire supérieure à une fois et demie le montant-limite maximal fixé à l'art. 8, al. 1, LPP, la partie du salaire inférieure à cette limite est assurée par une autre institution de prévoyance. C'est pourquoi il faut toujours veiller à ce que l'art. 1a soit respecté et que l'adéquation visée à l'art. 1 soit appliquée par analogie à l'ensemble des rapports de prévoyance. Cette règle s'applique indépendamment du fait que les deux plans assurent en partie les mêmes parts de salaire ou qu'ils n'opèrent pas ce type de recoupement.

L'expert en matière de prévoyance professionnelle doit confirmer expressément, pour les formules de prévoyance proposant plusieurs stratégies de placement à choix, que le montant des cotisations et la disposition concernant le tableau de rachats sont conformes à cette disposition d'ordonnance. De même, il doit confirmer que l'art. 1a OPP 2 est bien respecté.

Art. 1e Choix des stratégies de placements

Al. 1 : La disposition reste inchangée sur le plan matériel.

Al. 2 : La définition des buts et des principes de la gestion de fortune ainsi que l'exécution et la surveillance des processus de placement constituent une tâche intransmissible et inaliénable de l'organe suprême de l'institution de prévoyance (art. 51a, al. 2, let. a et m, LPP). La même responsabilité échoit à l'organe suprême des institutions de prévoyance qui proposent des plans 1e.

Le nombre de stratégies possibles est limité à dix pour chaque caisse de pensions (autrement dit, en général, pour chaque employeur affilié)⁵². Le choix proposé par l'institution de prévoyance et la caisse de pensions doit toujours contenir une stratégie de placement à faible risque (voir art. 19a, al. 1, LFLP). Quant à l'assuré, il peut faire son choix uniquement parmi l'offre proposée par son institution de prévoyance ou sa caisse de pensions.

Al. 3 : L'avoir d'un assuré ne peut être fractionné et réparti sur plusieurs stratégies de placement, car une telle pratique reviendrait à mener une stratégie spécifique pour chaque assuré, ce qui serait contraire au principe de collectivité.

Al. 4 : À condition qu'elle satisfasse à son devoir de diligence, l'institution de prévoyance peut désigner plusieurs gestionnaires de fortune externes et les proposer à choix aux caisses qui lui sont affiliées. Les gestionnaires de fortune sont notamment soumis aux dispositions de l'art. 48f. Toutefois, l'institution de prévoyance peut aussi assurer elle-même la gestion de fortune. Lorsqu'elle propose des gestionnaires externes, les caisses de pensions affiliées doivent faire leur choix parmi ceux qui leur sont proposés. Elles ne peuvent pas choisir un gestionnaire non retenu par l'institution de

⁵¹ Voir aussi ATF 141 V 416

⁵² Voir la réglementation en vigueur, message déjà cité (note 2), FF 2015 1669, ici 1671 s.

prévoyance. Le choix du gestionnaire pour une certaine stratégie ne peut pas non plus être laissé à l'assuré.

L'organe suprême de l'institution de prévoyance demeure responsable du soin apporté au choix, à l'instruction et à la surveillance des gestionnaires de fortune, y compris lorsque les caisses affiliées ont la possibilité de choisir parmi différents gestionnaires de fortune externes (voir en outre le commentaire de l'al. 2 concernant les tâches intransmissibles des institutions de prévoyance).

Al. 5 : Tous les assurés d'un même collectif doivent pouvoir choisir parmi les mêmes stratégies de placement. Il n'est pas admissible qu'une stratégie ou que certaines stratégies ne soient proposées qu'à une partie du collectif d'assurés.

Les gains et les pertes d'une stratégie de placement (résultat de placement) doivent être imputés aux assurés qui ont choisi cette stratégie, et selon les mêmes critères, et uniquement à ceux-là. Ils ne peuvent pas être répartis sur l'ensemble du collectif d'assurés. Il n'est pas non plus permis d'attribuer le produit de placements particuliers, par exemple de certaines actions ou hypothèques, à un assuré particulier. Autrement dit, tout portefeuille individuel conçu pour un seul assuré est exclu. Sont également exclues les « hypothèques sur propre immeuble » ; on entend par là une hypothèque qui grève la propriété d'une personne particulière et qui est imputée précisément à cette personne en tant que placement. Cela constituerait une prévoyance individuelle incompatible avec le principe de collectivité régissant le 2^e pilier.

Art. 50 Sécurité et répartition du risque

Al. 4 : La formulation de l'alinéa 4 est adaptée compte tenu de la formulation de l'alinéa 4^{bis}, qui est plus claire. La réglementation n'est pas modifiée matériellement.

Al. 4^{bis} : Les prescriptions de placement des art. 49 ss s'appliquent également aux institutions de prévoyance qui proposent des plans 1e. Les avoirs de prévoyance placés dans des plans 1e ne doivent pas être utilisés de manière excessive et sans garanties adéquates pour financer l'employeur. Il est en effet apparu régulièrement par le passé que les placements chez l'employeur ont abouti à des conflits d'intérêts et à des pertes importantes. Cela doit être évité. Or l'art. 57, al. 1, n'y suffit pas. La création du nouvel al. 4^{bis} vise à garantir que l'institution de prévoyance ne proposera pas de placements sans garantie et de participations financières chez l'employeur au sens de l'art. 57, al. 2 et 3.

Les fondations de placement sont également autorisées à gérer des placements pour des institutions de prévoyance proposant des plans 1e. Conformément à l'art. 26, al. 1, de l'ordonnance du 22 juin 2011 sur les fondations de placement (OFP)⁵³, l'art. 50, al. 4^{bis}, OPP 2 s'applique par analogie à la fortune de placement. Cela permet aux fondations d'élargir leurs possibilités de placement. Elles doivent pour cela choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elles opèrent, et veiller aussi à une diversification suffisante.

Les plans 1e doivent bien entendu respecter les dispositions de placement de la prévoyance professionnelle, en particulier l'art. 50, al. 1 et 3. La répartition des risques est un point central des prescriptions. Il est donc impératif de répartir les placements entre différentes catégories, ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques, et ce pour toutes les stratégies proposées. Cela vaut également pour les possibilités d'extension auxquelles recourent les institutions de prévoyance. De plus, les placements entraînant une obligation d'effectuer des versements supplémentaires sont interdits. L'art. 50, al. 2, exige que la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance soit assurée. À cet effet, les institutions de prévoyance classiques recourent à une analyse de l'actif et du passif de manière à apprécier l'adéquation entre actif et passif ainsi que l'évolution de l'effectif

⁵³ RS 831.403.2

des assurés. Dans le cas d'un plan 1e, c'est toutefois l'assuré qui assume le risque de placement. L'art. 50, al. 2, est par conséquent applicable par analogie. L'obligation pour les institutions de garantir la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance comprend en particulier une obligation accrue de renseigner et de conseiller. L'institution de prévoyance doit attirer l'attention de l'assuré sur les risques de placement et, s'il n'a pas la capacité de risque suffisante, lui recommander un placement plus prudent.

Art. 53a Placements à faible risque

Bien que les institutions de prévoyance qui proposent plusieurs stratégies de placement soient actives exclusivement dans le domaine subobligatoire, une certaine protection doit être garantie aux assurés. Dès lors qu'un employeur propose un tel plan de prévoyance, la participation de tous ses salariés qui remplissent les critères objectifs pour y être admis est en effet obligatoire (principe de collectivité). C'est pourquoi la loi fait obligation à toute institution de prévoyance de proposer au moins une stratégie de placement à faible risque, et, s'il s'agit d'institutions auxquelles plusieurs caisses de pensions sont affiliées, que chacune de ces caisses propose au moins une telle stratégie. Le Conseil fédéral a été chargé de préciser ce qu'il faut entendre par placements à faible risque.

Concrètement, aucune stratégie n'est totalement dénuée de risque. Pour qu'une stratégie puisse être considérée à faible risque dans n'importe quel environnement de placement, la fortune doit, même dans un environnement de placement défavorable, être placée de telle sorte que, selon toute probabilité, sa valeur nominale soit maintenue ou que ses pertes restent limitées. Actuellement, le taux d'intérêt à faible risque est négatif. Il n'est donc pas exclu qu'une stratégie de placement à faible risque se solde par des pertes (résultat négatif). Sont donc réputés à faible risque, selon la présente définition, les placements déposés sur des comptes ou en espèces, ou investis pour une durée limitée dans des créances libellées en un montant fixe et présentant une bonne solvabilité. Un débiteur présente une bonne solvabilité lorsqu'il a obtenu au moins la notation A- ou A3. La liste des placements définis dans cette disposition ne peut pas être étendue. Les autres prescriptions de placement s'appliquent aussi aux placements à faible risque. Une stratégie à faible risque peut aussi prendre la forme d'un placement collectif. L'usage de produits dérivés n'est possible qu'en vue de garantir des devises étrangères.

Comme toutes les institutions de prévoyance sont tenues de proposer une stratégie de placement à faible risque, cette disposition doit être applicable le plus simplement possible. Les institutions de prévoyance sont en outre libres de proposer d'autres stratégies de placement à faible risque parmi les neuf restantes, soit pour elles-mêmes soit pour chacune des caisses de pensions affiliées.

Art. 54b Limite en matière de biens immobiliers et d'avance

Al. 3 : Cette disposition interdit tout emprunt temporaire direct de fonds de tiers sous la forme de placement immobilier pour les stratégies de placement au sens de l'art. 1^e. Dans le cadre de l'art. 54b, al. 2 (placements dans des biens immobiliers), les institutions de prévoyance sont autorisées à effectuer des emprunts temporaires auprès de tiers. Mais les stratégies d'institutions de prévoyance actives dans le domaine défini par l'art. 1^e peuvent donner lieu à des investissements plus concentrés et plus risqués. Et plus la part d'immobilier est grande, plus les versements supplémentaires liés aux emprunts temporaires de fonds de tiers deviennent problématiques. En outre, une différence essentielle oppose les institutions de prévoyance classiques et celles qui proposent des stratégies de placement liées aux plans 1^e : les premières peuvent bien planifier l'évolution des liquidités, puisque les assurés ne peuvent pas les quitter sans raison et que les sorties d'argent sont par conséquent limitées ; par contre, les secondes ont l'obligation de permettre aux assurés un changement de stratégie. La planification des liquidités doit dans ce cas être aménagée de sorte que de grandes sorties d'argent soient possibles sans porter à conséquence. Il n'est pas non plus possible de stopper temporairement une stratégie, étant donné que les avoirs de libre passage doivent être disponibles au plus tard lorsqu'ils sont transférés dans une nouvelle institution de prévoyance. C'est pourquoi les

liquidités sont de première importance pour les placements qui y sont liés. L'emprunt temporaire pour disposer de liquidités à court terme serait certes possible, mais en cas de grandes sorties d'argent, le caractère illiquide des placements immobiliers constituerait très vite un problème. Pour y parer, les investissements effectués pour ces stratégies de placement doivent garantir des liquidités en tout temps. En conséquence, un emprunt de fonds de tiers ayant pour conséquence une obligation d'effectuer des versements supplémentaires n'est pas admis pour les stratégies de placement menées par les institutions de prévoyance concernées par l'art. 1^{er}. L'art. 53, al. 5, let. b, continue cependant à s'appliquer comme disposition spécifique pour des placements collectifs réglementés.

Disposition transitoire de la modification du 1^{er} octobre 2017

Les nouvelles dispositions s'appliquent à compter de la date d'entrée en vigueur de la modification. La disposition transitoire permet aux institutions de prévoyance qui ont proposé plusieurs stratégies de placement avant l'entrée en vigueur de la présente modification d'y ajuster leur règlement et leurs placements jusqu'au plus tard le 31 décembre 2019.

Celles qui proposent déjà plusieurs stratégies de placement ne peuvent pas procéder au calcul de la prestation de sortie en dérogeant aux art. 15 et 17 LFLP (les dispositions minimales en vigueur) si les assurés n'ont pas eu la possibilité de choisir une stratégie de placement à faible risque au sens de l'art. 19a LFLP. Si elles remplissent cette condition, elles peuvent déroger aux dispositions minimales valables jusque-là, et ce à compter de l'entrée en vigueur de l'art. 19a LFLP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 143

Jurisprudence

953 Conséquences du versement en espèces en l'absence de motif d'un tel versement

(Référence à un arrêt du TF du 29 juin 2016, [9C 109/2016](#) ; arrêt en allemand)

Celui qui travaille en tant qu'employé d'une Sàrl est un salarié au sens du droit de l'AVS et est donc soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. Certes, les institutions de prévoyance doivent examiner soigneusement si les conditions d'un versement en espèces suite à la prise d'une activité lucrative indépendante sont remplies. Cependant, en cas de versements erronés effectués à la demande de l'assuré, l'institution ne risque pas de devoir payer une deuxième fois.

Un assuré avait créé une Sàrl et exigé de son institution de libre passage, en janvier 2012, qu'elle procède au versement en espèces de son avoir de prévoyance en invoquant avoir commencé à exercer une activité lucrative indépendante. Il avait joint à sa demande une attestation de l'agence AVS, dont il ressortait qu'il était assujéti à l'AVS en tant que personne indépendante. L'institution de libre passage a effectué le versement en espèces. En mars 2014, l'assuré a cependant demandé à cette institution de rouvrir un compte pour lui et d'y déposer, en sa faveur (et à sa charge à elle), le montant versé en espèces en janvier 2012. A l'appui de cette demande, il a invoqué que l'institution de libre passage n'aurait pas du tout dû effectuer le versement en espèces faute de motif pouvant le justifier. En qualité d'employé de la Sàrl, il n'aurait en effet jamais été une personne de condition indépendante.

Le TF considère qu'en tant qu'employé de la Sàrl, l'assuré était un travailleur au sens du droit de l'AVS et était donc encore soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. La prestation de sortie aurait dû être versée à la nouvelle institution de prévoyance. Le paiement intervenu directement en mains de l'assuré n'a cependant pas été fait à la fausse personne, mais simplement à une fausse adresse. Après avoir lui-même provoqué le versement erroné et avoir reçu la prestation de sortie, l'assuré ne saurait exiger la prestation une deuxième fois. Le TF retient que la situation ne doit pas être jugée de la même manière que celle où un versement intervient sans l'approbation écrite du conjoint.

Le TF rappelle que les institutions de la prévoyance professionnelle doivent néanmoins examiner, dans chaque cas et avec toute l'attention que l'on doit pouvoir attendre d'elles, si les conditions d'un versement en espèces fixées à l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP sont remplies. Pour une directive en la matière, il renvoie aux règles exposées par l'OFAS dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 137](#), ch. 904.

954 Obligation de remboursement des institutions de prévoyance en cas de prestation de libre passage créditée par erreur

(Référence à un arrêt du TF du 11 juillet 2016, [9C_833/2015](#), arrêt en allemand, publication aux ATF prévue)

Après le virement d'une prestation de libre passage créditée par erreur, l'institution de prévoyance compétente en dernier lieu est tenue au remboursement. En cas de virement de prestations de libre passage, le TF applique l'art. 35a LPP par analogie.

L'institution de prévoyance X. a crédité par erreur à un assuré une somme d'environ 103 000 francs le 1^{er} avril 2005 et a transféré en conséquence une prestation de sortie de ce montant à l'institution de prévoyance Y. le 29 février 2008. La prestation de sortie a ensuite été transmise à d'autres institutions pour se retrouver finalement en mains de l'institution de prévoyance Z. En janvier 2015, l'institution de prévoyance X. a demandé à l'institution de prévoyance Z. le remboursement de la prestation de libre passage constituée par erreur, ce que celle-ci puis le tribunal de première instance ont refusé.

Le TF devait examiner si l'institution de prévoyance X. pouvait agir contre l'institution de prévoyance Z. en remboursement d'environ 103 000 francs. Après un examen approfondi, le tribunal a jugé que l'art. 35a LPP ne pourrait pas être appliqué directement en tant que base juridique pour le remboursement de prestations de libre passage car cette disposition se rapporte aux prestations de prévoyance au sens étroit, c'est-à-dire aux rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité. Une application directe de l'art. 35a LPP n'entre pas non plus en considération faute de renvoi exprès à cette disposition dans l'art. 25 LFLP. Le TF en est toutefois arrivé à la conclusion qu'une application par analogie de l'art. 35a LPP se justifiait par souci de cohérence et a admis le principe d'une obligation de remboursement d'une institution de prévoyance eu égard aux droits et obligations qu'elle a dans le cadre du transfert des prestations de libre passage lors de la sortie ou de l'entrée d'un assuré. L'obligation de remboursement touche également toutes les institutions de prévoyance ultérieures auxquelles une prestation de libre passage correspondante est versée et, en dernier lieu, celle où se trouve le montant crédité. En l'espèce, le TF a donc admis la légitimation passive de l'institution de prévoyance Z. Il a toutefois rejeté l'action de l'institution de prévoyance X. en raison de l'expiration du délai absolu de prescription (le délai avait commencé à courir au moment où l'institution de prévoyance X. avait versé la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance, soit en l'espèce le 29 février 2008).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 142

Prise de position

939 Transfert de la prestation de sortie en cas d'activités multiples

Lorsqu'une personne quitte un emploi pour commencer simultanément plusieurs nouvelles activités professionnelles pour lesquelles elle est assurée à la LPP, elle peut choisir soit de transférer la totalité de sa prestation de sortie dans l'institution de prévoyance d'un de ses employeurs, soit de répartir

proportionnellement la prestation de sortie entre les institutions de prévoyance de ses différents employeurs.

L'OFAS se prononce de la manière suivante sur la question de savoir comment traiter la prestation de sortie lorsqu'une personne cesse de travailler pour un seul employeur pour commencer à travailler pour plusieurs nouveaux employeurs en parallèle.

Le principe posé par l'art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP) est que l'institution de l'ancien employeur doit transférer la prestation de sortie à l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Le législateur a visé avant tout le cas *ordinaire* de la personne qui change d'employeur et qui occupe toujours un seul emploi à la fois. Mais il peut également arriver qu'une personne arrête son activité à plein temps pour un premier employeur pour débiter de nouvelles activités pour différents employeurs pour lesquelles elle est assujettie à la LPP.

Dans ce genre de situation, la LFLP n'impose pas de méthode particulière de répartition de la prestation de sortie. Par conséquent, l'OFAS est d'avis que l'assuré a le choix soit de faire transférer la totalité de la prestation de sortie dans l'une ou l'autre des institutions de prévoyance de ses employeurs, soit de demander une répartition proportionnelle de la prestation de sortie entre les différentes institutions de prévoyance où il est assuré. Une telle répartition proportionnelle peut s'effectuer en fonction des salaires respectifs pour les différents emplois. Il en va de même si l'assuré débute à la fois une activité salariée et une activité indépendante pour laquelle il s'assure facultativement au 2^e pilier. Le corollaire de ce libre choix est que l'assuré doit en informer l'institution de prévoyance de son ancien employeur ainsi que ses différentes nouvelles institutions de *prévoyance*.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 140

Jurisprudence

932 Pas d'obligation pour l'institution de prévoyance tenue à prestation d'exiger la restitution de la prestation de sortie

(Référence à un arrêt du TF du 28 avril 2015, [9C 835/2014](#), publié aux [ATF 141 V 197](#); arrêt en allemand)

Une institution de prévoyance qui est tenue à prestation après avoir transféré la prestation de sortie à une institution de libre passage n'est pas tenue d'exiger la restitution de la prestation de sortie. Si celle-ci n'a pas lieu, elle peut réduire ses prestations en conséquence.

Le Tribunal fédéral avait à juger si une institution de prévoyance doit exiger la restitution de la prestation de sortie visée à l'art. 3, al. 2, LFLP lorsqu'il s'avère, après la sortie de l'assuré, qu'elle est tenue à prestation pour un cas de prévoyance. Selon le TF, l'art. 3, al. 2, LFLP ne règle pas qui est visé par l'obligation de restitution, ni la manière ou même la possibilité d'imposer le respect de cette obligation. Le TF parvient à la conclusion que l'institution de prévoyance n'est pas tenue d'exiger la restitution de la prestation de sortie. Si cette dernière n'est pas restituée, elle peut réduire en conséquence les prestations dues.

En l'espèce, l'assurée est sortie de l'institution de prévoyance en juin 2005. La prestation de sortie, selon la communication faite par l'assurée, a été transférée à une institution de libre passage. A partir de mai 2006, l'assurée a bénéficié d'une rente entière octroyée par l'assurance-invalidité. L'institution de prévoyance a alors annulé la sortie effectuée en 2005 et a versé elle aussi une rente d'invalidité à l'assurée, rétroactivement, à compter de mai 2006⁵⁴. Mais elle a refusé de créditer son

⁵⁴ Remarque sur le calcul de la rente d'invalidité: d'après l'art. 24, al. 3, LPP, l'avoie de *vieillesse* acquis par l'assuré à la naissance du droit à la rente d'invalidité ainsi que la somme des bonifications de *vieillesse* afférentes aux années futures,

compte de vieillesse, en vue de la future rente de vieillesse, du montant transféré à l'institution de libre passage lors de la sortie (dans l'intervalle, cette dernière avait versé la prestation de sortie à X., qui avait présenté une procuration signée par l'assurée). Le TF a jugé qu'elle n'y était effectivement pas tenue. Par conséquent, l'institution de prévoyance peut réduire la future prestation de vieillesse qui prendra le relais de la rente d'invalidité.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 139

Prise de position

919 Garantie des dépôts auprès des fondations de libre passage et des fondations du pilier 3a

Les dépôts effectués auprès des fondations de libre passage et des fondations du pilier 3a sont garantis jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs par créancier. En cas de faillite de la banque gestionnaire de fortune, ils sont donc considérés comme des créances de deuxième classe au sens de l'[art. 219, al. 4, let. f, LP](#). Ce privilège ne concerne que les dépôts auprès de fondations bancaires. Les avoirs de libre passage et du pilier 3a déposés auprès de compagnies d'assurance ou d'institutions de prévoyance ne sont pas privilégiés au sens des dispositions de la loi sur les banques (LB).

Lors d'une faillite bancaire, les dépôts en espèces sont garantis jusqu'à un montant de 100 000 francs. Autrement dit, les dépôts garantis sont versés après les créances des salariés (première classe), mais avant celles des autres créanciers (troisième classe). Les dépôts auprès des fondations de libre passage et des fondations du pilier 3a bénéficient également de ce privilège. Mais les autres mesures du système de garantie des dépôts ne s'appliquent pas à ce type de dépôts⁵⁵.

En vertu de l'[art. 37a, al. 5, LB](#), les dépôts sur des comptes des fondations (bancaires) de libre passage et du pilier 3a sont considérés comme étant ceux des preneurs de prévoyance eux-mêmes et non ceux de la fondation (pour les fondations de libre passage, voir aussi l'[art. 19, al. 1, OLP](#)), même si les dépôts sont gérés au nom de la fondation. Si un preneur de prévoyance a déposé son avoir du pilier 3a et son avoir de libre passage auprès de la même banque, ces avoirs sont additionnés pour déterminer le droit au privilège. Par contre, les autres dépôts des preneurs de prévoyance auprès de la même banque ne sont pas pris en compte ; ils bénéficient d'une garantie ou d'un privilège indépendant. En cas de faillite, la part de l'avoir de libre passage et du pilier 3a qui dépasse la limite de 100 000 francs est considérée comme une créance de troisième classe.

Les avoirs des polices de libre passage et des polices du pilier 3a sont garantis intégralement en tout temps. La compagnie d'assurance doit garantir les prétentions des assurés en constituant une fortune liée séparée. La surveillance du respect des prescriptions dans ce domaine est du ressort de la FINMA. Pour les avoirs déposés auprès d'institutions de prévoyance, le Fonds de garantie garantit dans un cadre bien défini les prestations dues par des institutions de prévoyance devenues insolubles (art. 56, al. 1, let. b et c, LPP). Une institution de prévoyance est réputée insoluble lorsqu'elle ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaires dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible (art. 25, al. 1, OFG).

jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, sans les intérêts, sont déterminants pour le calcul de la rente. Le règlement peut toutefois prévoir une autre méthode de calcul ; ainsi, dans le cas présent, ce n'est pas la prestation de sortie effectivement disponible qui était déterminante, mais un capital mathématique (fictif).

⁵⁵ Pour les dépôts couverts par le système de garantie (avoirs de particuliers, d'entreprises et de services publics : par ex. compte privé, compte d'épargne, compte de placement, compte salaire, compte numéroté, compte de dépôt, compte courant ou obligations de caisse), les banques et les négociants en valeurs mobilières de Suisse soumis à la surveillance de la FINMA mettent de l'argent à disposition en cas de faillite d'un établissement financier, notamment pour un versement rapide aux créanciers autorisés. A cette fin, les banques et les négociants en valeurs mobilières alimentent un fonds (la limite maximale est actuellement de 6 milliards de francs).

Indication

910 Message du Conseil fédéral concernant une modification de la LFLP : les assurés qui choisissent leur stratégie de placement doivent en assumer les risques

Le 11 février 2015, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à une adaptation de la loi sur le libre passage pour le soumettre au Parlement (FF 2015 1669). Aux termes de ce projet, les assurés du 2^e pilier qui peuvent choisir eux-mêmes la stratégie de placement pour la part surobligatoire de leur capital de prévoyance recevront la valeur effective de l'avoir de prévoyance lorsqu'ils quittent l'institution de prévoyance, même s'il en résulte une perte.

La modification de loi ne concerne que les personnes dont le salaire annuel est supérieur à 126'900 francs et qui assurent la part surobligatoire de leur capital de prévoyance auprès d'une institution de prévoyance *active* uniquement dans le régime surobligatoire. Seules ces institutions sont en effet habilitées à offrir à leurs assurés le libre choix de la stratégie de placement.

D'après le projet présenté par le Conseil fédéral, c'est la valeur effective de l'avoir de prévoyance que ces institutions devront verser à l'assuré au moment de la sortie et non, comme c'est le cas aujourd'hui, une prestation de sortie minimale garantie par la loi. Le risque lié aux éventuelles pertes découlant d'une stratégie de *placement* sera ainsi assumé par l'assuré lui-même et non plus par l'institution de prévoyance et les assurés restants. Cependant, afin de garantir une certaine protection des assurés, le projet prévoit que les institutions de prévoyance seront tenues de proposer au moins une stratégie de placement à faible risque et d'informer de manière adéquate les assurés des risques et les coûts associés à leur choix.

Prise en considération des résultats de la consultation

Le *Conseil* fédéral a adopté le rapport sur les résultats de la procédure de consultation le 26 mars 2014. La consultation a mis en évidence un intérêt marqué à ce que les assurés appartenant à des classes de salaire plus élevées aient le choix entre plusieurs stratégies de placement. L'idée d'obliger l'institution de prévoyance à proposer au moins une stratégie de placement garantissant les montants minimaux légaux en cas de sortie a fait l'objet de vives critiques et n'a donc pas été retenue dans le projet de loi. Afin de garantir une certaine protection aux assurés qui ne veulent ou ne peuvent pas prendre de risques importants, les institutions de prévoyance devront toutefois proposer au moins une stratégie de placement à faible risque. Le Conseil fédéral n'a par ailleurs pas retenu l'exigence du consentement écrit du conjoint ou du partenaire enregistré lors du choix d'une stratégie de placement.

La nouvelle disposition de la loi sur le libre passage répond aux demandes formulées par le conseiller national Jürg Stahl dans sa motion de 2008. Elle permet une flexibilisation des solutions de prévoyance pour les classes de salaire élevées.

Lien internet pour le communiqué de presse du 11 février 2015:

<https://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=56168>

Motion Stahl (08.3702):

http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083702

Indication

903 Nouvelle circulaire de l'AFC sur le libre passage

La circulaire n° 22 du 4 mai 1995 de l'Administration fédérale des contributions (AFC) sur le libre passage dans la *prévoyance* professionnelle vieillesse, survivants et invalidité a été remplacée par la nouvelle circulaire n° 41 du 18 septembre 2014, publiée à la page internet suivante: <http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00380/index.html?lang=fr&download=NHzLpZig7t,Inp6l0NTU042l2Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDeYJ4hGym162dpYbUzd,Gpd6emK2Oz9aGodetmqaN19XI2ldvoaCUZ,s->

Prise de position

904 Versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante – vérifications à effectuer par les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage

Il incombe aux institutions de la prévoyance professionnelle de vérifier si les conditions d'un versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante sont remplies. Elles doivent examiner si les personnes requérantes ont le statut d'indépendants. Elles peuvent se baser sur une éventuelle appréciation déjà effectuée à ce sujet par les caisses de compensation AVS. Toutefois, les institutions de prévoyance doivent vérifier elles-mêmes dans chaque cas d'espèce qu'il s'agit d'une activité indépendante exercée à titre principal.

Pas d'attestation de la caisse de compensation AVS concernant l'exercice d'une activité indépendante à titre *principal* ou accessoire

Un arrêt du 8 octobre 2013 du Tribunal administratif du canton de Berne a semé le doute ces derniers mois chez de nombreuses institutions de prévoyance et institutions de libre passage : le tribunal a jugé qu'une caisse de compensation AVS n'est pas tenue de confirmer si un assuré exerce une activité indépendante à titre *principal* ou accessoire. Un assuré avait demandé une telle attestation à sa caisse de compensation AVS, car l'institution de prévoyance l'exigeait afin de déterminer si les conditions d'un versement en espèces de la prestation de libre passage étaient remplies.

A la suite de cet arrêt, plusieurs institutions de prévoyance et institutions de libre passage se sont tournées vers l'OFAS *pour* savoir quelles vérifications elles devaient effectuer avant tout versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante. Nombre de caisses de compensation qui établissaient de telles attestations ont en effet cessé de le faire depuis cet arrêt. L'OFAS profite de cette occasion pour rappeler les principes qui doivent guider la vérification des conditions d'un versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante et pour exposer les possibilités d'action en la matière.

Conditions d'un versement en espèces en cas de démarrage d'une activité lucrative indépendante

En vertu de l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP, un assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie si deux conditions sont remplies : l'assuré doit s'établir à son compte *et* ne plus être soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire. S'agissant de cette seconde condition, il faut noter que *ne sont pas* soumises à la prévoyance professionnelle obligatoire les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante à titre *principal* (art. 1j, al. 1, let. c, OPP 2). A l'inverse, les personnes qui n'exercent une activité indépendante qu'à titre *accessoire* alors qu'elles exercent une activité lucrative salariée à titre principal sont soumises à la prévoyance professionnelle obligatoire pour le salaire qu'elles perçoivent sur cette dernière activité. Elles n'ont par conséquent pas droit à un paiement en espèces.

Questions à examiner par les institutions de la prévoyance professionnelle

Une demande de versement en espèces ne peut être acceptée que si une réponse affirmative est apportée aux deux questions suivantes : l'activité lucrative exercée est-elle une activité *indépendante* ? Est-elle exercée à titre *principal* ?

C'est aux institutions de prévoyance et aux institutions de libre passage qu'il revient de déterminer si ces deux conditions sont remplies. Cette tâche, il faut le noter, leur incombait déjà avant le récent arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne, même si la pratique passée des institutions de la prévoyance professionnelle et des caisses de compensation AVS a parfois pu laisser penser le contraire.

Question 1: l'activité lucrative exercée est-elle une activité indépendante?

L'OFAS s'est déjà prononcé, dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 25](#), ch. 153, sur la question de savoir à qui il incombe de vérifier l'existence d'une activité lucrative indépendante : c'est l'institution de prévoyance, en sa qualité de débitrice de la prestation de libre passage, qui est tenue de veiller à ce que celle-ci soit correctement affectée. C'est donc elle qui doit s'assurer que la personne a effectivement le statut d'indépendant.

Le fait qu'une caisse de compensation AVS atteste affilier une personne en qualité d'indépendant est évidemment un élément dont une institution de la prévoyance professionnelle peut tenir compte dans l'évaluation d'une demande de versement en espèces. Une telle institution peut, en d'autres termes, s'appuyer sur la qualification d'une activité comme indépendante par la caisse de compensation AVS ou sur l'existence d'une décision de cotisations AVS en ce sens.

Toutefois, s'agissant de l'attestation AVS, il faut relever que celle-ci ne porte chaque fois que sur une activité particulière et n'exclut pas qu'un assuré puisse exercer plusieurs activités lucratives en parallèle.

Lorsqu'il n'existe pas encore de décision de cotisations de la caisse de compensation AVS, l'OFAS recommande aux institutions de la prévoyance professionnelle de demander à l'assuré de fournir des éléments prouvant qu'il démarre effectivement une activité lucrative indépendante. Il peut s'agir, par exemple, d'un contrat de location pour des locaux commerciaux, de contrats de travail avec des employés, de contrats existants avec des clients, d'un contrat pour l'acquisition d'une entreprise, d'un business plan, de matériel publicitaire, etc. L'assuré doit, au moyen de ces documents, montrer de manière convaincante qu'il démarre une activité lucrative indépendante. S'il n'y parvient pas, le versement en espèces doit lui être refusé, car un tel versement ne saurait être autorisé sur la seule base d'un projet qui n'est pas encore concrétisé et dont l'avenir est incertain.

Même si la caisse de compensation AVS a délivré une attestation confirmant que l'assuré est affilié en qualité d'indépendant, l'institution de la prévoyance professionnelle ne peut pas procéder au versement en espèces sans s'assurer que la seconde condition d'un tel versement est également remplie: l'activité lucrative indépendante doit être exercée à titre principal.

Question 2: l'activité indépendante est-elle exercée à titre principal?

C'est à l'institution de la prévoyance professionnelle, et non à la caisse de compensation AVS, qu'il revient de déterminer si une activité lucrative est exercée à titre principal ou à titre accessoire. Ce point avait déjà été souligné en 1985, année de l'entrée en vigueur de la LPP, dans un article de la *Revue à l'intention des caisses de compensation AVS* ([RCC 1985, p. 377 ss](#)).

La distinction entre activité principale et activité accessoire n'a lieu d'être que si un assuré exerce au moins deux activités lucratives en parallèle. En l'absence d'autre activité lucrative, une activité indépendante exercée à temps partiel correspond en principe à une activité principale.

Lorsqu'une personne exerce plusieurs activités lucratives en parallèle, l'activité principale peut dans bien des cas être déterminée sans difficulté. En effet, il arrive souvent qu'une personne exerce une activité « socle » qu'elle complète par des occupations de moindre importance (par ex. une enseignante en économie domestique engagée à 80 % qui donne des cours privés de cuisine un soir par semaine).

Lorsque la distinction entre activité principale et activité accessoire n'est pas si évidente, les critères suivants peuvent notamment être utilisés : montant des revenus, charge de travail et stabilité des différentes activités.

Il est conseillé de demander à l'assuré qui a déposé une demande de versement en espèces d'indiquer quelles autres activités il exerce et d'en préciser l'étendue. Pour autant qu'elle ne paraisse pas manifestement douteuse, une telle déclaration pourra ultérieurement être opposée à la personne concernée si celle-ci en venait à contester le bien-fondé du versement en espèces par l'institution de prévoyance ou l'institution de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 135

Prise de position

887 Transfert de la prestation de sortie dans deux institutions de libre passage : communication des données et répartition des obligations de rembourser dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement

Conformément à l'art. 12, al. 1, OLP, la prestation de sortie en cas de libre passage peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117, ch. 734](#)). Les questions suivantes ont été posées à plusieurs reprises à l'OFAS : quelles données doivent être communiquées aux deux institutions de libre passage et les obligations de rembourser liées au versement anticipé ou à la mise en gage pour l'encouragement à la propriété du logement (EPL) peuvent-elles être réparties librement entre les institutions de libre passage ?

En cas de libre passage, l'institution de prévoyance est tenue de communiquer aux deux institutions de libre passage les données concernant les situations suivantes, s'il y a un cas concret (art. 22 et 24, al. 2 et 3, LFLP, art. 2 OLP et art. 30a LPP, en relation avec l'art. 12 OEPL) : prestation de sortie, prestation de sortie au moment du mariage, versement anticipé ou mise en gage pour l'EPL, versement en cas de divorce, rachat après un divorce et autres rachats effectués au cours des trois dernières années.

En principe, l'intégralité des montants doit être communiquée aux deux institutions de libre passage, notamment en vue d'une affiliation future à une autre institution de prévoyance ou de libre passage. Font exception à cette règle les versements anticipés et les mises en gage pour l'EPL. Le preneur de prévoyance est en effet libre de répartir à sa guise sa prestation de sortie entre les deux institutions de libre passage (art. 12 OLP). Suivant ce principe, l'OFAS considère que les obligations de rembourser liées à l'EPL doivent aussi pouvoir être réparties librement entre les deux institutions. Cette possibilité n'est pas explicitement prévue par les dispositions légales pertinentes mais elle n'est pas non plus exclue. La restriction du droit d'aliéner doit être inscrite au registre foncier au nom des institutions vis-à-vis desquelles l'assuré a l'obligation de rembourser.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 134

Jurisprudence

881 Distribution de fonds libres et traitement des assurés ayant choisi le versement en capital

Une institution de prévoyance qui distribue ses fonds libres sans tenir compte des assurés qui touchent la prestation de vieillesse en capital n'enfreint pas le principe de l'égalité de traitement.

(Arrêt du TF du 12 juillet 2013, [9C_960/2012](#), publication ATF prévue, arrêt en allemand) (Art. 37 LPP)
Le TF devait examiner notamment si, lors de la distribution de fonds libres (dans le cadre d'une liquidation totale d'une institution de prévoyance), l'exclusion d'un assuré ayant touché la prestation de vieillesse sous forme de capital était conforme au droit.

Lorsque le capital est demandé en vertu de l'art. 37 LPP, la qualité d'assuré prend fin et tous les liens avec l'institution de prévoyance sont rompus. Il en va autrement pour les bénéficiaires de rentes ; ils continuent de faire partie de la communauté solidaire et de participer de manière limitée aux perspectives et aux risques du placement du capital. Lors d'une distribution des fonds libres, il faut, selon la jurisprudence, traiter les groupes de bénéficiaires de manière relativement, mais non pas absolument, égale. Il est ainsi permis de ne pas tenir compte des assurés actifs qui quittent volontairement une institution de prévoyance (voir à ce sujet ATF 133 V 607 ss.). Le TF retient maintenant qu'en cas de perception d'un capital, la situation est la même que pour un assuré actif sorti volontairement d'une institution de prévoyance. La perception en capital se fonde sur une déclaration de volonté librement exprimée. Dans ces conditions, le principe de l'égalité de traitement n'est pas violé si les assurés qui ont touché une prestation en capital ne sont pas pris en considération dans un plan de répartition. Pour le TF, il est en outre déterminant que le versement en capital, choisi expressément, vaut solde de tout compte.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 129

Prise de position

847 Est-il possible d'obtenir un versement en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. c, LFLP après un versement anticipé pour le logement ?

La réponse est négative, car l'[art. 5, al. 1, let. c, LFLP](#) vise le cas où le capital de prévoyance accumulé est peu important (cf. [Message concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage du 26 février 1992, FF 1992 III 573 ch. 632.4](#)). Il ne vise donc pas le cas où le capital est réduit suite à un versement anticipé pour le logement (cf. [art. 30c, al. 4, LPP](#)). Cette disposition s'applique ainsi à la situation où la prestation de libre passage est peu importante déjà avant l'octroi du versement anticipé pour le logement. Selon le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32 ch. 185](#), il faut se baser sur la cotisation effective payée par l'employé pendant une certaine période et la convertir en cotisation annuelle. Si la cotisation annuelle ainsi comptée est inférieure à la prestation de sortie calculée selon les articles 15 à 18 LFLP, un versement en espèces est alors envisageable.

De plus, le montant retiré pour l'acquisition d'un logement reste considéré comme une prestation de libre passage ; c'est pourquoi, il est soumis à l'obligation de rembourser dans les cas prévus par l'[art. 30d, al. 1, LPP](#) et qu'il fait partie du montant à partager en cas de divorce (cf. [art. 30c, al. 6, LPP](#)).

L'obligation de rembourser vise la « garantie du but de la prévoyance » d'après l'[art. 30e LPP](#). Or, il y aurait le risque d'abus suivant si l'on admettait un versement en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. c

LFLP après un versement anticipé pour le logement: des assurés pourraient d'abord obtenir un versement anticipé pour le logement puis exiger un versement en espèces du montant résiduel afin de se soustraire à leur obligation de rembourser le montant du versement anticipé en demandant simultanément la radiation de la restriction du droit d'aliéner (cf. [art. 30^e, al. 3, let. c, et al. 6, LPP](#)).

Une telle opération serait donc manifestement contraire au but de prévoyance voulu par le législateur. D'ailleurs, si la personne assurée a pu financer l'acquisition de son logement au moyen de son 2^e pilier, cela signifie qu'elle disposait d'une prestation de libre passage suffisamment importante pour ce faire, étant précisé que [l'art. 5, al. 1, OEPL](#) fixe à 20'000 francs le montant minimal du versement anticipé pour le logement

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 128

Jurisprudence

841 Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation en capital

L'institution de prévoyance qui verse une prestation à un tiers non autorisé n'exécute en principe pas le contrat, même si elle le fait de bonne foi. La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. C'est elle qui supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non autorisée.

(Arrêt du TF du 5 avril 2012, [9C 137/2012](#); arrêt en allemand) (Art. 37 LPP)

Le TF doit examiner si une institution de prévoyance peut verser avec effet libératoire l'avoir de vieillesse existant en se basant sur un document falsifié d'une organisation (Patronato Z.). La question de la violation du devoir de diligence doit être tranchée sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce ([ATF 130 V 103](#), consid. 3.3. in fine).

Le TF retient qu'une institution de prévoyance qui fournit des prestations à un tiers non autorisé ne respecte en principe pas le contrat, et cela même si elle le fait de bonne foi (arrêt [4A 536/2008](#) du 10 février 2009, consid. 5.2, avec références). La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. Elle supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non autorisée. L'instance précédente a établi d'une manière qui lie le TF la falsification de la signature figurant sur la procuration et de celle figurant sur l'ordre de paiement avec indication de la domiciliation pour le virement de la prestation en capital. L'institution de prévoyance doit en assumer les conséquences. Peu importe à ce sujet que la fondation (dans diverses procédures, notamment pour des prestations d'invalidité) ait connu Patronato Z. en tant qu'organisation sérieuse.

Dans un autre arrêt, le TF a renvoyé la cause à l'instance précédente, car il est décisif d'examiner si et dans quelle mesure les signatures en question sont falsifiées, la question litigieuse étant de savoir si une institution de libre passage pouvait solder avec effet libératoire le compte de libre passage de l'assuré B. en se basant sur la lettre de Patronato Z. (arrêt du TF du 28 mars 2012, [9C 675/2011](#), publication aux ATF non prévue ; arrêt en allemand).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 126

Prise de position

825 Maintien correct de la prévoyance après la sortie de l'institution de prévoyance

L'OFAS a constaté à plusieurs reprises que certaines institutions de prévoyance et fondations de

libre passage ne respectent pas les directives légales en matière de maintien de la prévoyance après la sortie des assurés.

En vertu de l'art. 4, al. 1 et 2, LFLP, si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance. A défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tôt six mois, mais au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts, à l'institution supplétive (art. 60 LPP).

Or, certaines fondations de libre passage ont conclu des accords avec certaines institutions de prévoyance ou leur organe de gestion, en vertu desquels ces institutions s'engagent à verser à la fondation de libre passage avec laquelle elles se sont entendues les avoirs de libre passage des assurés sans l'accord (au moins tacite) de ces derniers ou manifestation expresse de leur volonté. Cette procédure enfreint clairement les dispositions légales.

Jurisprudence

828 Conditions essentielles de la police de libre passage et conclusion du contrat d'assurance ; les fournisseurs de polices de libre passage ne sont pas tenus de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance pour les cas d'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 12 septembre 2011, [9C 479/2011](#) ; arrêt en allemand) (Art. 2, al. 1, 27 et 60 LPP, art. 4 et 14 LFLP, art. 10 à 19 OLP, art. 331c CO, art. 1 LCA)

Mme S., née en 1965, avait résilié son contrat de travail pour fin octobre 2009. Comme elle allait sortir de son institution de prévoyance, elle a transmis le 21 juillet 2009 à la société d'assurances Swiss Life SA un formulaire « Demande d'établissement d'une police de libre passage », selon lequel, après un versement unique de la prestation de libre passage, des prestations en capital doivent être versées en cas d'atteinte de la limite d'âge ou de décès, et des rentes en cas d'invalidité. En se référant aux conditions générales d'assurance régissant les polices de libre passage, Swiss Life SA a fait savoir à Mme S. que, sur la base d'un examen de santé plus approfondi, la couverture du risque d'invalidité qui était demandée ne pouvait pas être offerte.

Le point litigieux concerne l'obligation faite aux fournisseurs de polices de libre passage de maintenir la prévoyance professionnelle obligatoire sous forme d'assurance des cas d'invalidité et, en l'espèce, la conclusion du contrat d'assurance.

Le caractère obligatoire de la prévoyance professionnelle est lié à l'exercice d'une activité salariée procurant un salaire minimal dépassant un certain seuil (art. 2, al. 1, LPP). Cela ne veut pas dire que cette condition doit être remplie sans interruption. Le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 4 LFLP signifie plutôt la préservation de la fortune affectée à la prévoyance durant la période où la personne n'est pas affiliée à une institution de prévoyance. Il faut qu'à un moment donné l'avoir puisse être récupéré au moins à hauteur du montant légal (pour les prestations d'invalidité, voir art. 23 ss. LPP) et que la prévoyance puisse être maintenue sans perte. Dans ce sens, les institutions de libre passage ne relèvent que de la prévoyance au sens large ; les polices ou comptes de libre passage ne remplissent en principe qu'une fonction de « pont » ([ATF 129 III 305](#) consid. 3.3). Un maintien (par exemple) de la couverture du risque d'invalidité selon la LPP n'est donc prévu que sur une base facultative.

Comme la LPP et la LFLP prescrivent le maintien de la prévoyance dans le respect de certaines conditions (art. 27 LPP, art. 4 LFLP, art. 10 à 19 OLP), mais ne règlent pas le rapport d'assurance en tant que tel, la loi de référence est la LCA, sous réserve des dispositions spéciales de celle-ci (arrêt B5/97 du 28 août 1997 consid. 3d). Au vu du sens et du but du maintien de la prévoyance, il n'y a pas de raison de déroger à la liberté contractuelle qui s'applique par principe selon la LCA. Les fournisseurs de polices de libre passage ne sont donc pas soumis à l'obligation

de contracter. Si le preneur de prévoyance n'en dispose pas autrement sur la base des art. 4 LFLP et 10 OLP, la transmission de la prestation de sortie à l'Institution supplétive conformément à l'art. 60 LPP garantit ultimement le maintien de la prévoyance (art. 4, al. 2, LFLP).

La recourante se base sur l'art. 11 OLP en relation avec les art. 14, al. 1, LFLP et 331c CO. Selon ces dispositions, la couverture de prévoyance acquise par l'apport de la prestation de sortie ne peut pas être réduite, dans le régime obligatoire, par de nouvelles réserves pour raisons de santé ; dans la prévoyance plus étendue en revanche, des réserves pour raisons de santé peuvent être formulées pour les risques de décès et d'invalidité pour une période de cinq ans au maximum. Ces dispositions s'appliquant également aux polices de libre passage, il y a une limitation de la liberté contractuelle au sens de la liberté de contenu telle qu'elle existe sous différentes formes dans le droit des assurances privées (voir art. 97 ss. LCA). Les autres éléments de la liberté contractuelle, dont la liberté de contracter (voir [ATF 129 III 35](#) consid. 6.1 p. 42), ne sont pas touchés. Le tribunal cantonal a expliqué à juste titre que des réserves pour raisons de santé à hauteur de la part obligatoire ne sont interdites que si le fournisseur de polices de libre passage a effectivement contracté en l'espèce un tel rapport d'assurance. On ne peut donc pas inférer non plus de l'art. 11 OLP l'existence d'une obligation de contracter.

Au vu de ce qui précède, l'art. 1, al. 1 des conditions générales d'assurance pour les polices de libre passage (CGA) de l'intimée, selon lequel une police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité n'est conclue (parfaite) que si l'assureur donne son accord, ne contrevient pas au droit fédéral.

La recourante fait enfin valoir qu'il y a eu conclusion d'un contrat de prévoyance avec couverture du risque d'invalidité. Ce point de vue n'est conciliable ni avec la situation juridique générale ni avec les déclarations de volonté que la recourante et l'intimée ont échangées. A l'art. 1, al. 1, la LCA part du principe que la personne qui souhaite avoir une couverture d'assurance soumet à l'assureur une demande de contrat d'assurance qui doit être approuvée. Dans cette optique, la personne à assurer est demandeuse dans le formulaire d'offre de l'intimée. Sous la déclaration signée par la personne à assurer, il est par ailleurs mentionné que la direction de l'assureur informera par écrit de l'acceptation ou du refus éventuel de la police de libre passage demandée. Il en ressort clairement qu'il n'y a pas eu conclusion du rapport d'assurance sollicité par la recourante, contrairement à ce qu'elle prétend – elle aurait accepté une offre contraignante de police de libre passage avec couverture du risque d'invalidité, faite par l'assureur.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 123

Jurisprudence

796 Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger?

(Référence à un arrêt du TF du 18 avril 2011, 9C_318/2010 ; publication ATF prévue; arrêt en italien)
(Art. 5 al. 1, let. a et b, et 25f LFLP)

L'assuré D., frontalier italien, a demandé, lors de son départ définitif de Suisse, le versement en espèces de la prestation de sortie. Or, conformément aux dispositions d'application de l'accord entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sur la libre circulation des personnes, seule la partie surobligatoire lui a été versée ; la partie obligatoire n'étant pas remboursable. D. a fait valoir qu'il était devenu indépendant et que, à l'instar des indépendants en Suisse, il exigeait le versement de la part obligatoire de la prévoyance.

La caisse et le tribunal cantonal ont rejeté cette demande au motif que la preuve du non-assujettissement à l'assurance obligatoire en Italie n'a pas été fournie. D. recourt au TF et demande

le versement la prestation de sortie à un indépendant, sur la base de l'art. 5 al. 1, let. b LFLP. Le TF rejette le recours, mais se fondant sur l'art. 5 al. 1, let. a LFLP, soit sur une autre argumentation que celle de l'OFAS et de la doctrine.

Le TF rappelle tout d'abord que l'interdiction du remboursement équivaut à la fois à protéger l'assuré contre lui-même et l'Etat contre l'éventuelle couverture de futurs besoins d'assistance. Le TF rappelle aussi que le droit communautaire interdit le remboursement de cotisations et que le versement en espèces peut être assimilé à un remboursement.

En l'Etat, lorsqu'une personne quitte la Suisse pour se mettre à son compte à l'étranger, dans un Etat UE ou AELE, le remboursement de la PLP n'est possible que pour autant que cette personne n'est pas assurée à titre obligatoire à la législation de l'Etat en question ; la preuve du non-assujettissement lui incombant. Cette condition est plus restrictive que pour un indépendant en Suisse et, dès lors, l'assuré se plaint de violation de l'égalité de traitement.

Le TF décortique la disposition de l'art. 5 al. 1, LFLP et parvient à la conclusion que, contrairement à l'avis des parties et de l'administration, la lettre b ne concerne pas un assuré qui commence une activité lucrative indépendante à l'étranger, mais en Suisse. Si l'assuré entreprend une activité lucrative indépendante depuis l'étranger, seule lui est applicable la lettre a de l'art. 5 al. 1 (cons. 6.2.3). Cette solution correspond à la ratio legis résultant de l'adaptation de l'art. 5 LFLP au droit communautaire.

Sur cette base, le TF estime que D. ne peut se prévaloir d'une inégalité de traitement entre les personnes qui deviennent indépendantes à l'étranger par rapport à celles qui le deviendraient en Suisse. Cette règle est, d'autre part, applicable indépendamment de la nationalité de la personne. L'art. 25f LFLP résulte de la conformation du droit suisse au droit communautaire.

S'agissant des conditions à remplir au sens de l'art. 25f LFLP (restrictions au paiement en espèces), l'assujettissement à un régime obligatoire vise un système soumis au R 1408/71, peu importe qu'il soit comparable à celui du droit suisse ou pas (cons. 7.1) et doit se comprendre au sens de la législation de l'Etat en question. Vu le caractère exceptionnel du paiement en espèces, il est normal que la preuve du non-assujettissement doive être fournie par le demandeur lui-même (cons. 7.2). Des formules ad hoc existent en vertu d'accords entre le fonds de garantie et les organismes de liaison des Etats européens et il peut être fait usage de tels documents à l'appui des demandes.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 122

Prise de position

782 Nombre de comptes ou de polices dans la même institution de libre passage

Combien de comptes ou de polices de libre passage une personne peut-elle avoir dans la même institution de libre passage ?

Lorsqu'une personne quitte une institution de prévoyance sans entrer dans une nouvelle institution de prévoyance, elle a le droit de splitter sa prestation de sortie et de transférer les deux parts résultant de ce splitting dans deux institutions de libre passage différentes au maximum, d'après l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance sur le libre passage (OLP) en relation avec l'art. 4, al. 1, LFLP. Cette limitation à deux institutions de libre passage différentes et à un seul compte/police de libre passage par institution vaut par cas de libre passage. Aussi, une institution de libre passage peut détenir plusieurs comptes/polices de libre passage pour la même personne, pour autant que ces comptes/polices de libre passage aient été constitués à l'occasion de cas de libre passage différents. Le partage de la prestation de sortie en cas de divorce selon l'art. 22 LFLP ou la prestation de sortie

non absorbée au sens de l'art. 13, al. 1, LFLP sont des cas de libre passage différents de celui de l'art. 12, al. 1, OLP.

Toutefois, si la personne entre dans l'institution de prévoyance d'un nouvel employeur, tout son avoir de prévoyance déposé dans une ou des institution(s) de libre passage devra alors être regroupé dans cette même institution de prévoyance, conformément à l'art. 4, al. 2bis, LFLP.

783 Pas de transfert d'une prestation de vieillesse en capital sur un compte ou une police de libre passage

La question suivante a été posée à l'OFAS : une prestation réglementaire de vieillesse versée sous forme de capital à une personne de 62 ans par exemple peut-elle être transférée dans une institution de libre passage ?

La réponse est négative, car une institution de libre passage peut accepter seulement le transfert d'une prestation de sortie (ou prestation de libre passage) de la part d'une institution de prévoyance professionnelle d'après l'[art. 4 LFLP](#). Un tel transfert n'est donc possible que si l'assuré a demandé et obtenu une prestation de sortie (ou prestation de libre passage). L'assuré a le choix entre une prestation de vieillesse et une prestation de sortie aux conditions fixées par l'[art. 2 LFLP](#) (selon l'al.1^{bis} de cet article, l'assuré a également droit à une prestation de sortie s'il quitte l'institution de prévoyance entre l'âge où le règlement lui ouvre au plus tôt le droit à une retraite anticipée et l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, et s'il continue d'exercer une activité lucrative ou s'annonce à l'assurance-chômage : cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 115 ch. 712](#)). Si la personne souhaite transférer son avoir du 2^e pilier auprès d'une institution de libre passage, il faut donc qu'elle opte pour une prestation de sortie (au lieu d'une prestation de vieillesse). Le versement en capital de la prestation de vieillesse est régi par l'[art. 37 al. 2 à 4 LPP](#).

Si l'assuré a demandé et obtenu une prestation de vieillesse en capital, ladite prestation de vieillesse ne peut pas être transférée dans une institution de libre passage, car il ne s'agit pas d'une prestation de sortie, de sorte que les conditions de l'art. 4 LFLP ne sont pas remplies.

En définitive, la prestation de vieillesse en capital ne peut pas réinvestie en prestation de libre passage (voir aussi la circulaire n° 22 de l'Administration fédérale des contributions p. 2).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 121

Prise de position

775 Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011

1. Des rachats sont-ils possibles en cas de maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP?

Sur la base du nouvel art. 33b LPP, les institutions de prévoyance peuvent donner à leurs assurés la possibilité de continuer à verser des cotisations en cas de poursuite du travail au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, c.-à-d. au-delà de la durée du plan¹ de prévoyance de l'institution en question. Il a été demandé à l'OFAS s'il était aussi possible d'effectuer des rachats durant cette période.

Les rachats servent, par définition, à combler des lacunes de prévoyance d'un assuré déterminé par comparaison avec les prestations prévues par le plan de son institution de prévoyance. Si cette personne a une possibilité de rachat au moment de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, elle pourra aussi combler ces lacunes durant la période de maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP si et dans la mesure où cette lacune n'a pas encore été comblée au moment du rachat, en tenant compte des autres cotisations, respectivement des bonifications, des

rendements crédités durant la période de maintien de la prévoyance, etc. La poursuite de la prévoyance au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite réduit la lacune de prévoyance qui existait par rapport au plan prenant fin à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite ainsi que les possibilités de rachat (elle ne l'accroît donc pas).

Une condition pour tous les rachats est bien évidemment que le règlement de l'institution de prévoyance admette encore des rachats à ce moment-là⁵⁶.

Exemple:

Situation au moment de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (par exemple 65 ans) :

Avoir maximum prévu :	1 Mio
Avoir effectif :	Fr. 800'000.-
Possibilité de rachat :	Fr. 200'000.-

Poursuite du travail et maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP ; situation à un moment ultérieur:

Avoir :	Fr. 870'000.-
---------	---------------

Possibilité restante de rachat par rapport à l'avoir maximum prévu à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (1 Mio – Fr. 870'000) : Fr. 130'000.-

En cas de tels rachats, il faut aussi respecter les différentes dispositions de loi et d'ordonnance, en particulier celle régissant les versements en capital après des rachats⁵⁷.

2. Salaire assuré en cas de maintien de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite?

Le maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP permet la poursuite de la prévoyance vieillesse comme auparavant. Il ne peut donc pas y avoir une amélioration de l'assurance pour le même revenu que précédemment. Il n'est pas possible, après l'âge ordinaire de la retraite, d'augmenter tout d'un coup les bonifications de vieillesse, ni de réduire ou de supprimer la déduction de coordination appliquée jusqu'alors. Une personne assurée peut se prévaloir d'un salaire assuré plus élevé seulement si elle a effectivement obtenu une hausse de son revenu professionnel après avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite.

Le montant exonéré des cotisations AVS pour les retraités n'a pas d'influence sur la détermination du salaire assuré ; ce montant exonéré peut être assuré (cf. message du 15 juin 2007 sur la réforme structurelle et les mesures en faveur d'une participation facilitée des travailleurs âgés au marché du travail : [FF 2007 p. 5435](#)).

3. Jusqu'à quand un versement en espèces est-il autorisé ?

Comme actuellement, le versement en espèces (art. 5 LFLP) sera admissible tant que la personne n'a pas encore atteint l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (si le règlement ne fixe pas d'âge ordinaire de la retraite, l'art. 13, al. 1, LPP s'applique pour la détermination de cet âge ; cf. art. 2, al. 1bis, LFLP). Si la personne poursuit son activité lucrative et sa prévoyance un certain temps au-delà de l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP) et qu'elle arrête ensuite de travailler, elle aura alors droit à une prestation de vieillesse et non plus à une prestation de sortie. Avec des cotisations supplémentaires selon l'art. 33b LPP, il n'y a pas de changement en ce qui concerne cette question.

⁵⁶ Le droit légal à une possibilité de rachat existe seulement au moment de l'entrée dans l'institution de prévoyance (cf. art. 9 al. 2 LFLP). Les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leurs règlements d'autres possibilités de rachats ultérieurement mais elles n'y sont pas obligées.

⁵⁷ Cf. arrêt 2C_658/2009 résumé dans le présent Bulletin sous ch. 776.

(des solutions avec un report de la prestation de vieillesse au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, basées sur l'art. 13, al. 2, LPP, sont déjà possibles actuellement)⁵⁸.

4. *Qu'en est-il des risques invalidité et décès en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite (selon l'art. 33b LPP) ?*

Si la personne continue son activité professionnelle et sa prévoyance au-delà de l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b LPP) puis arrête de travailler, notamment pour raisons de santé, elle aura alors droit exclusivement à des prestations de vieillesse et non plus à des prestations d'invalidité. En effet, avec l'art. 33b LPP, on présuppose que le règlement permette le report de la prestation de vieillesse. « En plus des intérêts supplémentaires et de l'augmentation du taux de conversion liés au report, le règlement peut aussi prévoir la poursuite des cotisations » (cf. message du 15 juin 2007 sur la réforme structurelle et les mesures en faveur d'une participation facilitée des travailleurs âgés au marché du travail : FF 2007 p. 5434).

En cas de décès durant la période de report de la prestation de vieillesse, le calcul des prestations de survivants ne sera plus basé sur la prestation d'invalidité mais sur la prestation de vieillesse à laquelle la personne assurée aurait déjà eu droit à ce moment-là.

De ce point de vue, il paraît justifié de faire une exception au principe d'assurance en ce qui concerne les cotisations selon l'art. 33b LPP. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une institution de prévoyance ne peut pas percevoir de cotisations de risque pour les assurés en question : des cotisations de risque peuvent être fixées pour tout un collectif d'assurés, dans lequel il y a des personnes qui ne recevront probablement aucune prestation au vu de leur situation effective mais elles paient quand même des cotisations solidairement (par exemple les célibataires sans enfant).

5. *Il y a-t-il encore un partage du 2e pilier lors d'un divorce en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP ?*

Conformément aux art. 122 CC et 22 LFLP qui demeurent inchangés, les prestations de libre passage devront aussi être partagées entre les ex-conjoints lorsqu'il y a eu application de l'art. 33b LPP, cela tant qu'un cas de prévoyance n'est pas encore survenu. En effet, d'après la jurisprudence, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse » se produit au moment où la personne assurée perçoit effectivement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance (cf. Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 74 ch. 437 p. 10 et [n° 85 ch. 496 p. 7](#), résumés de jurisprudence). Par conséquent, si une personne continue son activité lucrative et sa prévoyance professionnelle au-delà de l'âge ordinaire de la retraite, elle devra procéder au partage de son 2^e pilier avec son conjoint en cas de divorce, cela tant qu'elle ne perçoit pas encore de prestation de vieillesse.

6. *Le versement des cotisations est-il encore paritaire en cas de continuation de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP?*

En cas de poursuite de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite selon l'art. 33b LPP, il faut continuer d'appliquer les mêmes conditions que précédemment. Par conséquent, le salarié et l'employeur devront continuer de verser leur part respective de cotisations. L'art. 33b LPP ne contient en effet aucune disposition qui permettrait de déroger au principe du financement paritaire des cotisations (à la différence de l'art. 33a, al. 3, LPP). Une exception au financement paritaire se justifie dans le cas de l'art. 33a LPP, car il s'agit là d'assurer des parts de salaire hypothétiques (cf. FF 2007 p. 5434). Par contre, dans le cas de l'art. 33b LPP, il y a poursuite de la prévoyance sur la base du salaire effectif de la personne assurée.

⁵⁸ En ce qui concerne le versement en espèces et les prestations en capital, cf. également arrêt 2C_658/2009 résumé dans le présent Bulletin sous ch. 776.

7. Peut-on bénéficier à la fois d'une retraite anticipée partielle et de la continuation de l'assurance du salaire *perçu* avant la retraite partielle ?

L'art. 33a LPP permet le maintien de la prévoyance au même niveau qu'auparavant malgré la réduction du salaire AVS. En revanche, si un assuré opte pour l'anticipation partielle de sa prestation de vieillesse, prévue par le règlement, le cas de prévoyance est réalisé pour cette partie de sa prévoyance. En conséquence, seule la partie de la prévoyance qui n'a pas été touchée par le cas de prévoyance peut être maintenue en tant que prévoyance active.

Exemple:

Salaire AVS annuel avant la retraite partielle : Fr. 100'000.-

Anticipation de la demi-rente et baisse du salaire AVS à Fr. 50'000.-

Il n'est pas possible de maintenir la prévoyance sur le niveau de l'ancien salaire AVS de Fr. 100'000.-. Seul le salaire AVS actuel de Fr. 50'000.- pourrait à l'avenir faire l'objet d'un maintien de la prévoyance selon l'art. 33a LPP.

8. Quelle est la relation entre l'art. 33a LPP et la réglementation sur la surindemnisation après l'âge *ordinaire de la retraite* ?

Si une personne assurée tombe en incapacité de travail pendant la période de maintien de la prévoyance et acquiert finalement - encore avant l'âge de la retraite - le droit à une prestation d'invalidité, se pose alors la question de la réglementation applicable en matière de surindemnisation avant et après l'âge de la retraite.

L'art. 24 OPP 2, en tant que disposition d'application de la LPP, précise les dispositions légales minimales dans une situation particulière, à savoir en cas de versement simultané d'autres prestations. Par contre, l'art. 33a LPP ne définit pas un droit (légal) à une prestation pour les assurés mais prévoit une possibilité pour les institutions de prévoyance de s'écarter du principe de l'art. 1, al. 2, LPP qui exclut d'assurer dans la prévoyance professionnelle un revenu professionnel supérieur au salaire AVS. Si une institution de prévoyance prévoit dans son règlement une prévoyance plus étendue que le minimum légal, elle devrait aussi examiner si elle a besoin d'une disposition réglementaire spéciale sur la surindemnisation, afin d'élaborer ses solutions de prévoyance réglementaires de manière cohérente. En d'autres termes, elle devrait préciser dans son règlement si elle base son calcul de surindemnisation avant et/ou après l'âge de la retraite soit sur le revenu effectif après la réduction, soit sur le niveau de salaire avant la réduction et qui était déterminant pour le maintien de la prévoyance au sens de l'art. 33a LPP. (cf. également le commentaire de l'art. 24, al. 2^{bis}, OPP 2, dernier paragraphe, dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 120 ch. 765](#)).

Nota bene:

Il faut faire la distinction entre l'application de l'art. 33b LPP et les plans de prévoyance qui fixent un âge réglementaire ordinaire de la retraite plus élevé que l'âge de la retraite dans l'AVS : dans ce second cas, des bonifications de vieillesse ordinaires sont prévues jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite et l'assuré ne peut choisir de maintenir ou pas la prévoyance jusqu'à cet âge-là. L'adéquation des prestations est également examinée à ce même âge-terme. (exemple actuel d'âge réglementaire de la retraite plus élevé : les règlements qui prévoient un âge ordinaire de la retraite de 65 ans pour les hommes et les femmes).

Nous publions ci-après encore une fois le texte de ces nouvelles dispositions légales (seule fait foi la version publiée dans le [RO 2010 4427](#). Cf. également les [Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 117 ch. 731](#) et [n° 120 ch. 763](#)):

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(LPP)

(Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi)

Modification du 11 décembre 2009

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007⁵⁹,
arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶⁰ est modifiée comme suit:

Chapitre 5a Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emploi

Art. 33a Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain
assuré

¹ L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité, pour les assurés ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue de la moitié au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.

² La prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier gain assuré au plus tard jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite.

³ La parité des cotisations prévue à l'art. 66, al. 1, de la présente loi et à l'art. 331, al. 3, du code des obligations⁶¹ ne s'applique pas aux cotisations destinées à maintenir la prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le règlement ne peut prévoir des cotisations de l'employeur visant le même but qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

Art. 49, al. 2, ch. 1

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

II

Les actes normatifs mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code civil⁶²

Art. 89bis⁶³, al. 6, ch. 1

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶⁴ sur:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

⁵⁹ FF 2007 5381

⁶⁰ RS 831.40

⁶¹ RS 220

⁶² RS 210

⁶³ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89bis devient art. 89a).

⁶⁴ RS 831.40

2. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage⁶⁵

Art. 17, al. 6

⁶ La majoration de 4 % par année d'âge suivant la 20^e année, prévue par l'al. 1, ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33a LPP.

III

Disposition transitoire relative à la modification du 11 décembre 2009

Coordination de l'âge de la retraite

¹ Si la 11^e révision de l'AVS⁶⁶ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite et le versement anticipé ou l'ajournement de la prestation de vieillesse.

² Si la modification du 19 décembre 2008 de la présente loi (Taux de conversion minimal)⁶⁷ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 11 décembre 2009

La présidente: Erika Forster-Vannini
Le secrétaire: Philippe Schwab

Conseil national, 11 décembre 2009

La présidente: Pascale Bruderer Wyss
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 1^{er} avril 2010 sans avoir été utilisé.⁶⁸

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

24 septembre 2010

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

⁶⁵ RS 831.42

⁶⁶ Nouvelle version, premier message, FF 2006 1917

⁶⁷ FF 2009 19

⁶⁸ FF 2009 7939

Jurisprudence

776 Déduction des rachats du revenu imposable en cas de versement en capital dans le délai de 3 ans ?

(Référence à un arrêt de la II^e Cour de droit public du TF du 12 mars 2010, 2C_658/2009 et 2C_659/2009 ; arrêt en allemand)

(Art. 33 al. 1 let. d LIFD, art. 9 al. 2 let. d LHID, art. 79b al. 3 al. 3 LPP)

X., né en 1943, a effectué 3 rachats dans sa caisse de pensions entre 2004 et 2006. En juillet 2007, sa caisse de pensions lui a versé une partie de ses prestations sous forme de capital et le reste sous forme de rentes mensuelles ; la valeur capitalisée de ces rentes correspondait au montant des 3 rachats intérêts inclus. Les autorités fiscales ont refusé, pour cause d'évasion fiscale, de déduire ces 3 rachats du revenu imposable, tant pour l'impôt cantonal que pour l'impôt fédéral direct.

D'après les art. 33 al. 1 let. d LIFD, 9 al. 2 let. d LHID et le § 34 al. 1 ch. 6 de la loi thurgovienne sur les impôts cantonaux et communaux, les primes, cotisations et montants légaux, statutaires ou réglementaires versés à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité et à des institutions de la prévoyance professionnelle sont déduits du revenu (cf. également art. 81 al. 2 LPP). La jurisprudence du TF n'admet toutefois pas la déduction lorsqu'il y a évasion fiscale, plus particulièrement en cas de diminution abusive de la charge fiscale en effectuant des rachats suivis de retraits peu de temps après. Un rachat d'années de cotisations vise à constituer ou à améliorer sa prévoyance professionnelle. Ce but n'est manifestement pas respecté lorsque ces mêmes fonds – alors que la couverture d'assurance n'a guère été améliorée – sont retirés de l'institution de prévoyance peu de temps après.

Dans le cas d'espèce, les rachats versés ont donné lieu au versement d'une rente mensuelle et non pas d'un capital comme dans le cas classique de l'abus de droit. Toutefois, ce qui est déterminant dans le cas présent, c'est qu'il y a aussi eu, peu de temps après le rachat, un retrait en capital d'un montant important, qui apparaît comme un transfert temporaire de fonds motivé par des raisons fiscales. Le but n'était pas de combler une lacune de cotisations mais d'utiliser la caisse de pensions comme un compte courant fiscalement privilégié, en détournant la caisse de sa destination. Cette opération doit globalement être considérée comme inhabituelle et au moins peu adéquate ; de plus, elle aurait entraîné une importante épargne fiscale.

La jurisprudence du TF en matière d'évasion fiscale exclut que les rachats de 2004 et 2005 puissent être déduits du revenu imposable. Le rachat effectué en 2006 doit être examiné sur la base de l'art. 79b al. 3 LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et qui a la teneur suivante :

"3 Les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans. "

L'art. 79b LPP est certes en premier lieu une norme du droit de la prévoyance mais il est clair qu'il se fonde aussi sur des motifs de droit fiscal. Il reprend et concrétise la jurisprudence excluant la déduction en cas d'évasion fiscale. Avec l'interdiction des retraits en capital pendant 3 ans, il n'y a pas nécessairement un lien direct entre le rachat et la prestation, car les montants rachetés ne sont pas traités séparément et les prestations de l'institution de prévoyance ne sont pas financées par des fonds en particulier mais par l'ensemble du capital de prévoyance de l'assuré. Par conséquent, tout retrait en capital dans le délai de 3 ans est abusif et la déduction fiscale de tout montant racheté pendant ce délai est exclue. Le rachat de 2006 n'est dès lors pas non plus déductible fiscalement.

²⁸ Voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 56, du 29 décembre 2000, ch. 333 (<http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv56.pdf>) et Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 58, du 10 octobre 2001, ch. 359 (<http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv58.pdf>).

²⁹ <http://www.admin.ch/ch/f/ff/1999/5440.pdf>

Conséquences de cette décision :

Le présent arrêt s'exprime seulement sur la portée de l'art. 79b al. 3 LPP sous l'angle du droit fiscal. Dès lors, les autorités fiscales n'admettront plus la déduction fiscale du montant racheté en cas de versement en capital dans le délai de trois ans.

Sous l'angle du droit de la prévoyance, la question de savoir si un retrait en capital est possible après un rachat n'est en revanche pas touchée par cet arrêt; le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 88 ch. 511 reste applicable. Par conséquent, le versement en capital reste admissible sur le plan du droit de la prévoyance, avec toutefois les conséquences qui en découlent pour la personne assurée sous l'angle du droit fiscal.

Lien internet pour l'analyse de la Conférence suisse des impôts :

http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/Analyse_BGE_BVG_20101103.pdf

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 118

Prise de position

744 Etablissement à son compte par étapes et délai d'une année pour le versement en espèces

Qu'en est-il du délai d'une année lorsqu'une personne se met à son compte par étapes ?

Selon le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 86 ch. 501 p. 10](#), la personne salariée qui cesse d'être assurée obligatoirement et qui se met à son compte doit demander le versement en espèces durant la première année de son activité indépendante.

L'OFAS est d'avis que, dans le cas particulier où la personne se met à son compte par étapes, le délai d'une année pour solliciter le paiement en espèces de la prestation de libre passage commence à courir dès que l'assuré n'est plus soumis à l'assurance obligatoire.

Prenons l'exemple suivant : un assuré commence une activité indépendante à 50 % le 1^{er} juillet 2008 tout en continuant de travailler comme salarié à 50 % avec un salaire supérieur à 20'520 francs par année (valeur 2010). Puis il cesse complètement son activité salariée pour travailler exclusivement comme indépendant à partir du 1^{er} mars 2010.

Selon l'art. 5, al. 1, let. b, de la loi sur le libre passage, « l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie lorsqu'il s'établit à son compte **et** qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire ».

Or, dans l'exemple ci-dessus, la personne était assurée obligatoirement jusqu'à fin février 2010. Avant le 1^{er} mars 2010, elle ne pouvait donc pas remplir les conditions lui permettant de demander un versement en espèces. Les deux conditions cumulatives du versement en espèces posées par l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP ne sont réalisées en l'occurrence que depuis le 1^{er} mars 2010, de sorte que le délai d'une année commence à courir à partir de cette dernière date.

Jurisprudence

747 Pas de splitting de l'avoir déposé auprès d'une institution de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 29 mars 2010, cause 9C_479/2009 ; en français) (Art. 2 et 4 LFLP, 12 OLP)

Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut exiger le transfert de la moitié de son avoir de prévoyance déposé auprès de l'institution de libre passage intimée à une autre institution de libre passage.

Lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 de la loi sur le libre passage LFLP). Si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (art. 4 al. 1 LFLP). Les formes admises du maintien de la prévoyance sont au nombre de deux, à savoir le compte de libre passage et la police de libre passage (art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage OLP). Ces deux formes de maintien de la prévoyance sont gérées par des « institutions de libre passage », lesquelles doivent être clairement délimitées des institutions de prévoyance au sens des art. 48 ss LPP (cf. à cet égard l'[ATF 122 V 320 consid. 3c p. 326 s.](#)). La prestation de sortie peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP). L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance (art. 12 al. 2 OLP).

En vertu de l'art. 12 al. 1 OLP, la prestation de sortie ne peut pas être transférée à plus de deux institutions de libre passage par cas de libre passage. A cet égard, les assurés peuvent choisir entre deux institutions de même forme ou deux différentes formes d'institution (fondation bancaire ou institution d'assurance; cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30 du 5 octobre 1994, p. 12](#)). Selon le TF, le texte clair de cette disposition précise sans équivoque que le transfert a lieu «de la dernière institution de prévoyance en date» et non pas d'une institution de libre passage. Ainsi, la seule hypothèse visée par cet alinéa est celle où l'assuré sort d'une institution de prévoyance suite à la dissolution des rapports de travail. Dans ce cas, l'art. 12 al. 1 OLP lui permet de répartir sa prestation de sortie entre deux institutions de libre passage différentes.

L'alinéa 2 de ce même article autorise ensuite la personne assurée à changer en tout temps d'institution de libre passage ou à adopter une autre forme admise de maintien de la prévoyance. Cette disposition vise le cas où l'assuré a déjà transféré la totalité de son avoir de libre passage auprès d'une seule institution de libre passage. Par conséquent, si son choix initial a porté sur un compte de libre passage, il peut ultérieurement transférer son avoir de libre passage soit auprès d'une autre fondation bancaire soit auprès d'une institution d'assurance. A l'inverse, s'il a initialement transféré sa prestation de sortie auprès d'une institution d'assurance, il peut en tout temps changer d'institution d'assurance ou transférer dite prestation sur un compte de libre passage.

Le TF précise que cette réglementation ne permet pas à l'assuré de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53 du 5 octobre 2000, ch. 315](#)). En effet, l'art. 12 OLP est propre à réaliser objectivement et simplement le but visé par la LFLP, laquelle tend à éviter la dispersion des avoirs de prévoyance d'un assuré (cf. message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 26 février 1992, FF 1992 III p. 570 ch. 632.2); ainsi, en n'autorisant que le partage de la prestation de sortie - laquelle ne peut provenir que d'une institution de prévoyance - la réglementation décharge les institutions de libre passage de toute instruction sur la question d'un fractionnement préalable des avoirs de prévoyance issus d'un cas de libre passage et évite tout risque d'erreur sur ce point. Il résulte en outre des travaux préparatoires que des considérations fiscales ont joué un rôle important pour l'adoption de la limitation prévue par l'art. 12 OLP. En effet, en morcelant son avoir de prévoyance par la multiplication de comptes de libre passage, un assuré augmente le risque de fuite devant l'impôt (cf. [ATF 129 V 245 consid. 5.3 p. 250 s.](#)). En définitive, la juridiction cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant que le recourant ne pouvait pas transférer la moitié de son avoir de prévoyance déposé auprès de l'institution de libre passage intimée à une autre institution de

libre passage. Le recours est dès lors mal fondé. Cet arrêt confirme la prise de position du [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117 du 31 mars 2010, ch. 734](#).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 117

Prise de position

734 Transmission de la prestation de sortie : nombre de comptes ou de polices de libre passage auprès de la même institution de libre passage (art. 12 OLP)

L'art. 12, al. 1, OLP dispose que la prestation de sortie peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage au maximum. Le groupe de travail

« Prévoyance » de la Conférence suisse des impôts et l'OFAS partagent l'avis selon lequel le transfert de la prestation de sortie sur deux comptes ou polices différents auprès de la même institution de libre passage n'est pas admissible. Le texte clair de l'art. 12, al. 1, OLP parle en effet expressément de deux institutions de libre passage.

Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53, ch. 315, l'OFAS avait par ailleurs déjà indiqué qu'une prestation de sortie déjà transférée auprès d'une institution de libre passage ne pouvait plus par la suite être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage.

Le but de cette norme est d'éviter l'évasion fiscale (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30](#), commentaire relatif à l'art. 12 OLP).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 116

Prises de position

724 Institutions de libre passage : retrait intégral de la prestation de vieillesse, au lieu d'un versement anticipé partiel pour le logement, dans les cinq ans avant l'âge ordinaire de la retraite

(Art. 16 OLP)

Selon l'art. 16 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), relatif au paiement des prestations de vieillesse, « les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP et au plus tard cinq ans après ».

Un versement anticipé pour l'acquisition d'un logement n'est logique que s'il est impossible de disposer de la prestation vieillesse. En conséquence, un versement anticipé, dans le cas d'une institution de libre passage, ne peut donc être exigé pour l'acquisition d'un logement ou pour le remboursement d'une dette hypothécaire que jusqu'à l'âge fixé à l'art. 16 al. 1 OLP, soit 59 ans pour les femmes et 60 ans pour les hommes. Une fois cette limite d'âge atteinte, les assurés ne peuvent retirer que la **totalité** de la prestation de vieillesse découlant du rapport de prévoyance considéré.

La situation d'une institution de libre passage (en matière d'exigibilité de la prestation de vieillesse) s'apparente dans ce cas davantage à la position d'un pilier 3a (art. 3 al. 3 let. c OPP 3) qu'à celle d'une institution de prévoyance (Conférence suisse des impôts, Prévoyance et impôts, Cas d'application de prévoyance professionnelle et de prévoyance individuelle, éd. Cosmos, printemps 2009, B. 3. 2. 3., p. 2).

Jurisprudence

725 **Personne exerçant une activité indépendante : pas de versement anticipé partiel possible pour des investissements dans l'entreprise**

(Référence à un arrêt du TF du 8 octobre 2009 en la cause ASMAC Fondation pour indépendants contre M., 9C_301/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 4, 8, 30c, 44 et 45 LPP, art. 5 al. 1 LFLP)

Le docteur M. a ouvert un cabinet de gynécologie-obstétrique en 1998 et a contracté à cet effet un crédit d'investissement de 200'000 francs auprès d'une banque. Il est assuré facultativement pour la prévoyance professionnelle auprès de l'ASMAC Fondation pour indépendants. Par courrier du 6 mai 2008, il a sollicité de son institution de prévoyance le versement d'un montant de 200'000 francs pour pouvoir amortir son crédit d'investissement. La fondation ASMAC a refusé cette demande par lettre du 8 mai 2008 en argumentant qu'il n'y avait pas de base juridique pour une telle opération.

Les personnes exerçant une activité indépendante ne sont légalement pas soumises à l'assurance obligatoire de prévoyance professionnelle. Toutefois, il doit leur être donné la possibilité de s'assurer facultativement (art. 113 al. 2 let. d Cst.). Ce mandat constitutionnel a été repris dans son principe à l'art. 4 LPP et concrétisé aux art. 44 et 45 LPP. L'art. 4 LPP règle l'assurance facultative dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité : les salariés et les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la LPP (al. 1). Les dispositions sur l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'art. 8 s'appliquent par analogie à l'assurance facultative (al. 2).

La 1^{re} révision de la LPP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 selon la loi fédérale du 3 octobre 2003 (RO 2004 1700). L'art. 4 al. 3 et 4 LPP contient de nouvelles règles pour l'assurance facultative des travailleurs indépendants :

3 Les travailleurs indépendants ont d'autre part la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de prévoyance étendue, et notamment auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Dans ce cas, les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas.

4 Les cotisations et montants versés par des indépendants à une institution de prévoyance doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle.

A l'ATF 134 V 170 (résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 106 ch. 643](#)), le TF a interprété l'art. 4 al. 4 LPP en fonction du sens qui ressortait des travaux préparatoires de cette disposition par le législateur : celui-ci a eu la volonté claire d'assouplir l'affectation des moyens de la prévoyance professionnelle (réglée sinon très strictement par la LPP et la LFLP) dans le cas de la prévoyance professionnelle facultative des indépendants, en faisant une exception pour le prélèvement à des fins d'investissements dans l'entreprise. Le versement anticipé et le paiement en espèces de cotisations ou de montants accumulés auprès d'une institution de prévoyance sont admissibles dans des limites clairement établies, notamment aux fins d'investissements dans l'entreprise (ATF 134 V 170 consid. 4.4 p. 180). Le remplacement d'une installation surannée de stockage de fourrage par un agriculteur indépendant constitue un investissement classique dans l'entreprise. Il en va de même si la demande porte sur des moyens provenant de l'institution de prévoyance pour payer le partenaire d'affaires, puisqu'il s'agit alors d'investissements dans l'inventaire. L'utilisation de ces moyens sert également à la survie de l'entreprise et à la garantie du minimum vital et doit être considérée comme faisant partie de la prévoyance professionnelle au sens le plus large (ATF 134 V 170 consid. 5 p. 181).

L'art. 4 al. 4 LPP établit désormais aussi pour l'assurance facultative le principe, jusque-là applicable seulement dans l'assurance obligatoire et dans le domaine du 3^e pilier (art. 82 al. 1 LPP), selon lequel les cotisations et les montants versés (par des indépendants) à une institution de prévoyance doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle. Avec l'ATF 134 V 170, le TF a tenu compte des travaux préparatoires relatifs à l'art. 4 al. 4 LPP, de la systématique ainsi que d'une interprétation conforme à la Constitution pour créer, dans la prévoyance professionnelle facultative des indépendants, une exception à l'affectation (sinon réglée très strictement) des moyens financiers de la prévoyance professionnelle pour les investissements dans l'entreprise.

Dès lors, la première question qui se pose est celle de savoir s'il existe une base juridique pour le versement partiel de l'avoir de prévoyance sollicité par l'intimé si l'assurance facultative est maintenue. Dans l'ATF 134 V 170, le TF n'a pas eu à trancher cette question car, dans l'affaire jugée alors, l'agriculteur indépendant avait résilié son assurance facultative de prévoyance professionnelle (p. 174 consid. 4 au début). Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, en particulier dans le cas de l'assurance facultative selon l'art. 4 LPP, le rapport juridique entre l'institution de prévoyance et l'assuré se fonde sur un contrat de prévoyance de droit privé qui, du point de vue de la dogmatique juridique, doit être classé parmi les contrats innommés (ATF 132 V 149 consid. 5 p. 150 avec renvois, 130 V 103 consid. 3.3 p. 109, 116 V 218 consid. 2 p. 221; voir aussi ATF 119 V 283 consid. 2a).

Incontestablement, les conditions contractuelles entre les parties ne règlent pas un versement partiel intervenant alors que le rapport d'assurance est maintenu. Quant à la loi, elle ne connaît la possibilité d'un versement anticipé partiel des moyens de prévoyance liés que dans le cadre de l'encouragement à l'acquisition de la propriété d'un logement (art. 30c LPP). En revanche, la LFLP, en particulier son art. 5 al. 1, ne prévoit pas un versement partiel en espèces lors de la prise d'une activité lucrative indépendante. Un droit à la prestation de sortie existe seulement si l'assuré met fin à ses relations contractuelles avec l'institution de prévoyance, car il ne peut pas sortir partiellement de l'institution de prévoyance. Pour ce motif, un versement partiel pour des investissements dans l'entreprise ne peut dès lors pas être convenu dans les conditions du contrat de prévoyance. Le versement en espèces de l'avoir de vieillesse accumulé dans la prévoyance professionnelle facultative considéré comme admissible par l'ATF 134 V 170 pour des investissements pour l'entreprise n'entre dès lors en ligne de compte que si l'assuré résilie le contrat de prévoyance et met fin à ses rapports avec son institution de prévoyance. Le versement partiel sollicité par l'intimé à concurrence de 200'000 francs n'est donc pas admissible. Compte tenu de l'affectation des moyens de prévoyance contenue à l'art. 4 al. 4 LPP et de l'absence de possibilité d'un versement partiel, l'intimé fait fausse route en invoquant divers droits constitutionnels.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 115

Indications

712 **Modification de la loi sur le libre passage dès le 1^{er} janvier 2010, suite à l'initiative parlementaire « Ne pas discriminer les travailleurs âgés. Modification de la loi sur le libre passage »**

La conseillère nationale Suzanne Leutenegger Oberholzer a déposé l'initiative parlementaire suivante en date du 6 juin 2007 (07.436): « On modifiera la législation pour faire en sorte qu'on ne puisse pas obliger une personne, en cas de résiliation des rapports de travail, à prendre une retraite anticipée contre son gré peu avant qu'elle atteigne l'âge ordinaire de la retraite. On modifiera par exemple la loi sur le libre passage (art. 2 al. 1bis) de telle façon que le versement anticipé - prévu dans le règlement de l'institution de prévoyance - d'une prestation de vieillesse

ou d'autres types de prestations ne soit considéré comme un cas de prévoyance que dans la mesure où l'assuré fait effectivement valoir (de son plein gré) son droit à la prestation de vieillesse. En cas de versement anticipé d'une partie de la rente de vieillesse, le droit à la prestation de sortie sera réduit en conséquence ».

Le 19 mars 2009, le Conseil national a adopté le projet de modification de la loi sur le libre passage proposé par sa Commission de la sécurité sociale et de la santé (CSSS-N) pour donner suite à cette initiative. Le 4 juin 2009, le Conseil des Etats a, lui aussi, adhéré au projet, qui a été adopté en votation finale par l'Assemblée fédérale le 12 juin 2009. Avec la présente modification, il ne sera plus possible de forcer une personne à prendre une retraite anticipée alors qu'elle veut continuer de travailler. Elle aura le droit d'opter pour une prestation de libre passage.

Cette modification de la LFLP a été publiée dans le **Recueil officiel 2009 5187** :

<http://www.admin.ch/ch/f/as/2009/5187.pdf>

Le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 2010 la date d'entrée en vigueur de cette modification législative : <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/29405>

Tous les documents relatifs à cette initiative parlementaire (rapport de la CSSS-N, avis du Conseil fédéral, etc.) sont disponibles sur la page internet suivante (Curiavista):

http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20070436

Nous publions ci-après le texte de cette modification législative (seule fait foi la version publiée dans le Recueil officiel) :

Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Loi sur le libre passage, LFLP)
Modification du 12 juin 2009

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le rapport de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 14 janvier 2009¹⁵,

vu l'avis du Conseil fédéral du 25 février 2009¹⁶,

arrête:

I

La loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage¹⁷ est modifiée comme suit:

Art. 2, al.

1^{bis} et 3

^{1bis} L'assuré a également droit à une prestation de sortie s'il quitte l'institution de prévoyance entre l'âge où le règlement lui ouvre au plus tôt le droit à une retraite anticipée et l'âge réglementaire ordinaire de la retraite, et s'il continue d'exercer une activité lucrative ou s'annonce à l'assurance-chômage. Si le règlement ne fixe pas d'âge ordinaire de la retraite, l'art. 13, al.

1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁸ s'applique pour la détermination de cet âge.

¹⁵ FF 2009 929

¹⁶ FF 2009 937

¹⁷ RS 831.42

¹⁸ RS 831.40

³ La prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance. Elle est créditée à partir de ce moment des intérêts prévus à l'art. 15, al. 2, LPP.

II

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil national, 12 juin 2009

La présidente: Chiara Simoneschi-Cortesi
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Conseil des Etats, 12 juin 2009

Le président: Alain Berset
Le secrétaire: Philippe Schwab

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 1^{er} octobre 2009 sans avoir été utilisé.¹⁹

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2010.²⁰

14 octobre 2009

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Hans-Rudolf Merz
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Prises de position

716 Questions relatives à la modification de loi sur le libre passage

L'OFAS a reçu plusieurs questions relatives à la modification de l'art. 2 al. 1^{bis} LFLP. Nous publions ci-dessous les questions les plus fréquentes, de même que nos prises de position s'y rapportant:

1. Quels sont les assurés et caisses de pensions concernés par la révision de l'art. 2 al. 1^{bis} LFLP? En quoi consiste le changement par rapport à la législation antérieure?

Cette modification de loi ne produit d'effet qu'à l'égard des assurés affiliés à une institution de prévoyance qui prévoyait sous l'ancien droit une retraite anticipée obligatoire dans les cas où les rapports de travail étaient résiliés après l'âge minimal réglementaire de la retraite. Ces assurés jouissent désormais du droit d'exiger le versement d'une prestation de sortie au lieu d'une rente de vieillesse, s'ils poursuivent l'exercice d'une activité lucrative ou s'annoncent à l'assurance-chômage après la résiliation des rapports de travail, et que cela s'avère plus avantageux pour eux. A partir du 1^{er} janvier 2010, les caisses de pensions pourront prévoir dans leurs règlements une retraite anticipée obligatoire uniquement pour les personnes n'exerçant plus d'activité lucrative (respectivement qui ne sont pas inscrites au chômage).

2. Poursuite d'une activité lucrative au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LFLP

La volonté subjective de la personne n'est pas significative, lorsque l'on cherche, dans un cas concret, à déterminer si l'assuré continue d'exercer une activité lucrative. Cette évaluation se fonde sur des critères objectifs (rapport de la CSSS-N du 14 janvier 2009 relative à l'initiative parlementaire « Ne pas discriminer les travailleurs âgés. Modification de la loi sur le libre passage » <http://www.admin.ch/ch/ff/2009/929.pdf>, p. 932). Il doit sembler vraisemblable que la personne en question continue d'exercer une activité lucrative. La condition de la poursuite effective d'une activité lucrative est remplie, lorsque la personne assurée prouve qu'elle conclut un nouveau contrat de travail ou qu'elle exerce une activité lucrative indépendante. Le fait de déclarer désirer poursuivre une activité lucrative ne suffit pas, à moins qu'on ne prouve sa volonté de poursuivre l'exercice d'une activité lucrative en s'annonçant à l'assurance-chômage.

3. L'art. 2 al. 1^{bis} LFLP requiert-il une activité lucrative d'une certaine étendue ?

Le texte de loi ne prévoit aucun taux d'occupation minimal. Cependant, l'OFAS tient à apporter deux précisions:

L'OFAS est d'avis que l'exigence de la poursuite d'une activité lucrative impose que le taux d'occupation antérieur et le nouveau taux ne diffèrent pas de façon disproportionnée. Une activité lucrative à un taux très réduit par rapport à l'activité antérieure qui permettrait à l'assuré d'opter pour une prestation de sortie plutôt que pour une rente de vieillesse pourrait engendrer un potentiel d'abus important : il ne serait en effet pas exclu que les assurés réduisent leur pourcentage d'activité dans la seule intention d'éviter les dispositions relatives à l'option d'une prestation en capital de leur caisse de pensions. L'usage de cette possibilité ne correspond cependant pas à la volonté du législateur. L'OFAS est ainsi d'avis qu'il y a assurément un risque d'abus lorsqu'un emploi est d'abord exercé à un taux d'activité de 80-100% puis ensuite réduit à un taux inférieur à 20%.

Une personne assurée auprès d'une caisse de pensions qui offre la possibilité d'une retraite partielle et la rend obligatoire à partir d'une certaine réduction du temps de travail ne peut plus exiger le versement de la totalité de la prestation de libre passage, lorsqu'elle réduit son activité lucrative de manière telle que les conditions d'une retraite partielle sont remplies. La nouvelle disposition empêche une retraite anticipée forcée dans la mesure où l'activité lucrative est poursuivie (respectivement lorsque la personne s'est annoncée à l'assurance-chômage). Si elle réduit son activité de moitié par exemple, il est possible que le règlement de la caisse de pensions

prévoit impérativement le versement d'une demi-prestation de vieillesse (= étendue de l'activité lucrative n'étant plus poursuivie).

4. Comment l'assuré prouve-t-il qu'il est déclaré chômeur?

Les personnes concernées peuvent exiger auprès de leur office régional de placement un extrait du système d'information PLASTA (système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail).

5. Qu'advient-il de la prestation de sortie?

Une prestation de sortie selon l'art. 2 al. 1^{bis} LFLP est soumise aux mêmes règles que les autres prestations de sortie selon l'art. 2 LFLP qui sont versées avant l'âge de la retraite la plus anticipée possible:

Si l'assuré conclut un nouveau contrat de travail, la prestation de sortie est transférée à l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Si la prestation de sortie dépasse dans sa totalité le montant nécessaire au rachat des prestations réglementaires complètes auprès de la nouvelle institution de prévoyance, alors l'art. 13 LFLP est applicable : la partie restante de la prestation de sortie peut être transférée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage, ou être utilisée pour financer de futures augmentations réglementaires de prestations.

Si l'assuré entreprend une activité indépendante après la résiliation des rapports de travail, les possibilités suivantes s'offrent à lui: premièrement, l'assuré peut exiger le virement de la prestation de sortie sur un compte de libre passage ou une police de libre passage. Deuxièmement, il peut exiger le versement en espèces pour s'établir à son propre compte et exercer une activité indépendante, s'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire du fait qu'il n'est plus lié par aucun rapport de travail. Lorsqu'on entreprend une activité lucrative indépendante dans l'UE/AELE, il est nécessaire d'observer certaines règles (cf. Bulletin n° 96 ch. 567). S'il s'assure de façon facultative en tant qu'indépendant, la prestation de sortie est transférée à la nouvelle institution de prévoyance.

Si le particulier s'annonce à l'assurance-chômage après la résiliation des rapports de travail, il ne reste soumis à l'assurance obligatoire que pour les risques décès et invalidité. En matière de prévoyance vieillesse, l'assuré peut faire transférer la prestation de sortie sur une police de libre passage ou sur un compte de libre passage. Lorsque le règlement de l'institution actuelle le prévoit, il peut en lieu et place poursuivre facultativement sa prévoyance professionnelle. Au cas où le règlement ne le prévoit pas, il peut s'assurer auprès de l'institution supplétive à cette même fin (art. 47 al. 1 LPP).

6. L'art. 2 al. 1^{bis} LFLP s'applique-t-il aussi lorsqu'une personne entreprend une activité lucrative à l'étranger ?

L'assuré peut aussi prétendre à une prestation de libre passage, s'il poursuit une activité lucrative à l'étranger.

7. Impact sur l'âge limite auquel un assuré peut faire valoir un versement anticipé ou une mise en gage pour le logement

Aux termes de l'art. 30c LPP, l'assuré peut faire valoir le droit au versement d'un montant pour la propriété de son logement au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse. L'art. 331d al. 1 du Code des obligations, auquel renvoie l'art. 30b LPP, fixe le même âge limite pour la mise en gage.

Dans son arrêt du 18 mai 2004 (2A.509/2003, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 78 ch. 465](#)), le Tribunal fédéral a examiné la notion de «naissance du droit aux prestations de vieillesse» et a fait clairement le parallèle entre l'âge limite où un assuré peut obtenir un versement anticipé et l'existence d'une prestation de libre passage: si l'assuré peut

bénéficiaire d'une prestation de libre passage lorsqu'il a déjà atteint l'âge minimal réglementaire ouvrant le droit aux prestations de vieillesse mais qu'il n'a pas fait usage de ce droit, alors il doit aussi pouvoir bénéficier d'un versement anticipé ou effectuer une mise en gage au-delà de cet âge minimal de la retraite. A contrario, si l'assuré est mis automatiquement au bénéfice d'une rente de retraite anticipée lorsqu'il quitte son institution de prévoyance au-delà de l'âge minimal réglementaire de la retraite, alors il ne peut plus, durant cette période, bénéficier d'un versement anticipé pour financer un logement.

Dès le 1^{er} janvier 2010, les institutions de prévoyance ne pourront plus contraindre les assurés qui quitteraient leur employeur à un âge réglementaire leur permettant de toucher une rente de retraite anticipée à percevoir une rente réduite s'ils continuent d'exercer une activité lucrative : ceux-ci pourront opter pour une prestation de libre passage en cas de poursuite de l'activité lucrative. Au vu de cette modification et de la jurisprudence citée plus haut, l'OFAS est d'avis que cette modification aura également un impact sur l'âge limite auquel un assuré peut faire valoir un versement anticipé pour l'acquisition d'un logement : en cas de poursuite de l'activité lucrative, les assurés devront aussi pouvoir bénéficier d'un versement anticipé ou effectuer une mise en gage au-delà de l'âge minimal réglementaire de la retraite jusqu'à trois ans avant l'âge réglementaire ordinaire de la retraite.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 114

Prise de position

706 Informations à fournir à l'institution supplétive lors de l'ouverture d'un compte de libre passage (art. 4 al. 2 LFLP)

L'Institution supplétive a informé l'OFAS qu'elle reçoit parfois des avoirs de libre passage sans aucune indication permettant d'identifier et de contacter la personne assurée.

Selon l'art. 4 al. 1 LFLP, si l'assuré n'entre pas dans une autre institution de prévoyance, il doit notifier à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance (voir aussi l'art. [1 al. 2 OLP](#)). D'après l'art. 4 al. 2 LFLP, à défaut de notification, l'institution de prévoyance verse, au plus tôt six mois, mais au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les intérêts, à l'institution supplétive (art. [60 LPP](#)).

L'OFAS rappelle aux institutions de prévoyance qu'elles doivent transmettre à l'Institution supplétive toutes les données dont elles disposent lorsqu'elles demandent l'ouverture d'un compte de libre passage, conformément à l'art. 4 al. 2 LFLP. Il s'agit des données suivantes :

• Identité de la personne assurée (nom, prénom, adresse, numéro AVS, date de naissance, sexe, état civil)
• Montant du virement, dont part LPP (art. 8 LFLP , 16 OPP 2)
• Prestation de libre passage à l'âge de 50 ans (art. 2 OLP)
• Prestation de libre passage à la date de conclusion du mariage ou du partenariat enregistré, dont part LPP (art. 24 LFLP et 2 OLP)
• Virement consécutif à un divorce
• Montant de la 1 ^{re} prestation de sortie (art. 2 al. 2 let. a et b OLP)
• Versement anticipé, dont part LPP ou mise en gage pour la propriété du logement (art. 9 et 12 OEPL)
• Rachats (cf. Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 91 ch. 527 et n° 97 ch. 568)
• Date de sortie de l'institution de prévoyance
• Durée d'une éventuelle réserve de santé (art. 14 LFLP)

- Coordonnées de l'institution de prévoyance qui procède au virement

Elles doivent remplir le **formulaire** ci-joint de l'Institution supplétive:

http://www.aeis.ch/fileadmin/downloads/fr/F_FZK_Form_01.pdf

Par ailleurs, les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage ont l'obligation d'annoncer les « avoirs oubliés » à la Centrale du 2^e pilier lorsqu'elles ne peuvent plus établir de contact périodique avec leurs assurés (art. [24a](#), [24b](#), [24c LFLP](#) et [19c OLP](#)).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 113

Prise de position

702 Précisions au sujet du bulletin n° 112 ch. 697 : versements dans une institution de libre passage

Il y a lieu d'apporter une précision à la prise de position publiée dans le [Bulletin n° 112 ch. 697](#) concernant les versements dans des institutions de libre passage : Une personne divorcée qui a dû partager son avoir du 2^e pilier ne peut pas effectuer de rachat dans une institution de libre passage. Le rachat est donc seulement possible dans une institution de prévoyance (caisse de pensions). En effet, l'art. 22c de la loi sur le libre passage (LFLP) se réfère à « l'institution de prévoyance » et non pas à l'institution de libre passage (cf. Jacques-André Schneider/Christian Bruchez, « La prévoyance professionnelle et le divorce », in : Le nouveau droit du divorce, publication CEDIDAC 41, Lausanne 2000, p. 261). En cas de divorce, on applique donc aussi le principe général selon lequel le rachat est exclu dans les institutions de libre passage.

Par ailleurs, il convient également de préciser qu'il n'est pas possible d'effectuer un transfert de capital depuis une institution du pilier 3a vers une institution de libre passage, car l'art. 3, al. 2, let. b OPP 3 se réfère à l'institution de prévoyance et à l'institution du pilier 3a (« autre forme reconnue de prévoyance » au sens de l'art. 82 LPP) mais pas à l'institution de libre passage (cf. [circulaire n° 18 de l'Administration fédérale des contributions « Imposition des cotisations et des prestations du pilier 3a », en particulier ch. 6.2 et 6.3](#)). Par conséquent, il faut remplacer la phrase « En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance, d'une autre institution de libre passage ou d'une institution de prévoyance liée » par la phrase suivante :

« En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance ou d'une autre institution de libre passage ».

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 112

Indication

696 Extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie dès le 1^{er} juin 2009

L'extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie va entrer en vigueur le 1^{er} juin 2009: <http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00507/index.html?lang=fr> Cela signifie que dès cette date, les prestations de libre passage ne pourront plus être versées en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. a ou let. b, de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP) aux assurés qui quittent définitivement la Suisse et sont affiliés à titre obligatoire à

l'assurance-pensions de l'un de ces deux Etats. Pour les détails, nous renvoyons au [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96](#).

Prise de position

697 Pas de versement d'employeur dans une institution de libre passage

L'OFAS rappelle aux institutions de libre passage qu'elles ne peuvent pas recevoir d'autres capitaux que des prestations de sortie versées par des institutions de prévoyance, comme déjà indiqué dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30 du 5 octobre 1994 \(p. 13 ad art. 10 OLP\)](#) ainsi que dans la [Circulaire n°1 du 3 octobre 2002 de l'Administration fédérale des contributions \(point 3.4\)](#). En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance, d'une autre institution de libre passage ou d'une institution de prévoyance liée; elle ne peut accepter de fonds qui ne se trouvent pas déjà dans le cycle de la prévoyance. Les seules exceptions à ce principe sont le remboursement d'un versement anticipé pour le logement et le versement d'une indemnité équitable en cas de divorce aux conditions restrictives fixées par la jurisprudence (cf. [ATF 132 III 145 consid. 4.5](#)). Par conséquent, les institutions de libre passage ne peuvent accepter aucun versement de la part d'un ancien employeur sur le compte de libre passage d'un assuré.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 110

Prise de position

678 Est-il possible de retirer la totalité du capital de prévoyance déposé dans une institution de libre passage moins de 3 ans après avoir effectué un rachat dans une caisse de pensions ?

Par exemple, une femme effectue un rachat de 20'000 francs dans une caisse de pensions à l'âge de 62 ans. Une année plus tard, elle quitte son employeur et transfère la totalité de son avoir de prévoyance auprès d'une fondation bancaire de libre passage dont le règlement prévoit que les prestations de vieillesse sont versées exclusivement sous forme de capital. Quelques semaines après, à l'âge de 63 ans, elle demande le versement anticipé de la totalité de son compte de libre passage.

Selon l'art. 79b, al. 3, 1^{re} phrase, LPP, «les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans». Il résulte de cette disposition que le montant racheté peut seulement être versé sous forme de rente pendant le délai d'attente de 3 ans. Cette disposition s'applique aussi aux institutions de libre passage (cf. Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 91 ch. 1.1 p. 3 et n° 97 ch. 568 p. 2). Par conséquent, le montant racheté de 20'000 francs déposés sur le compte de libre passage est soumis au délai d'attente de 3 ans. Comme le rachat a été effectué à l'âge de 62 ans, le montant de 20'000 francs ne peut pas faire l'objet d'un retrait en capital avant l'âge de 65 ans. Le maintien des 20'000 francs sur le compte de libre passage jusqu'à 65 ans est admissible au regard de l'art. 16, al. 1, de l'ordonnance sur le libre passage (OLP) qui prévoit que les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP et au plus tard cinq ans après.

Par contre, si le montant total du compte de libre passage est supérieur à 20'000 francs, ce solde (qui n'a pas été financé par un rachat) peut faire l'objet d'un retrait anticipé partiel sur la base de l'art. 16, al. 1, de l'ordonnance sur le libre passage OLP (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 88 ch. 511 p. 2).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 108

Jurisprudence

669 Acception par l'institution de prévoyance soumise à prestation d'une prestation de sortie déjà versée à une institution de libre passage

(Référence à un arrêt du TF du 5 juin 2008 dans la cause H. contre Caisse de pension X., 9C_790/2007; arrêt en allemand) (art. 4, al. 2^{bis} et art. 11, al. 2 LFLP)

L'une des questions litigieuses soumises au TF est celle de déterminer si la Caisse de pension X. doit accepter – et ainsi inclure dans le calcul des prestations d'invalidité – la prestation de libre passage versée à la recourante après sa première sortie de la Caisse de pension X., prestation qui a été virée d'abord à la Fondation institution supplétive LPP et ensuite sur un compte libre passage auprès de la banque Z.

Le TF considère que la jurisprudence, conformément à l'ATF 129 V 440 et B 83/02 (SVR 2005 LPP N°15), reposait sur des faits qui s'étaient produits avant le 1^{er} janvier 2001, raison pour laquelle le droit en vigueur jusqu'alors était applicable. Selon ces arrêts, l'obligation stipulée à l'art. 3, al. 1, LFLP de transférer la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance subsiste aussi longtemps qu'un compte de libre passage n'a pas été ouvert, ni une police de libre passage conclue, même si dans l'intervalle un cas de prévoyance est survenu et que l'assuré, contrairement à ses obligations, n'a pas pris ses dispositions pour procéder en temps voulu au transfert. Dans ces conditions, la nouvelle institution de prévoyance demeure tenue de créditer la prestation de sortie, même si le virement intervient tardivement. Par contre, une telle obligation n'existe plus dès lors que le virement a été effectué à une institution de libre passage. En revanche, l'art. 4, al. 2^{bis}, LFLP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, et la teneur modifiée de l'art. 11, al. 2, LFLP sont applicables aux présents faits. Vu ces dispositions et le commentaire du Conseil fédéral à leur sujet (FF 1999 101 s.) et si l'on se réfère au sens et au but de l'avoir de libre passage (maintien de la prévoyance), il n'est plus justifié de traiter différemment le virement de la prestation de sortie à une institution de prévoyance d'une part et le virement à une institution de libre passage d'autre part. La Caisse de pension X. doit par conséquent accepter la prestation de sortie et l'inclure dans le calcul de la prestation d'invalidité.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 107

Jurisprudence

656 Pas de consentement du conjoint pour le versement en capital de prestations de vieillesse provenant d'un compte de libre passage

(Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause S. contre Fondation de libre passage d'UBS SA, 9C_212/2007, ATF 134 V 182; arrêt en allemand) (Art. 37 al. 5, LPP, art. 16 OLP)

Le litige soumis au TF porte sur le point de savoir si la Fondation de libre passage d'UBS SA a violé le droit fédéral en procédant au versement d'une prestation de vieillesse sous forme de capital à l'époux de S. sans le consentement écrit de cette dernière.

Le TF relève que l'époux de la recourante a eu 60 ans en février 2005 et que, dès cette date, il a atteint la limite d'âge fixée par l'art. 16 OLP pour un versement de l'avoir de vieillesse. Comme l'a constaté à juste titre le Tribunal cantonal, ce versement n'est pas un versement en espèces selon l'art. 5 LFLP. La Chambre des poursuites et des faillites du TF a déjà jugé par arrêt du 21 avril 2005 (7B.22/2005) que l'art. 16 OLP concerne le versement des prestations de vieillesse et que - contrairement à l'art. 5 LFLP en relation avec l'art. 14 OLP pour les versements en espèces prévus dans ces dispositions – la teneur de cet article ne présuppose

pas le consentement du conjoint. En outre, selon la doctrine, il n'y a pas non plus de lacune légale dans le fait que le consentement du conjoint ne soit requis que pour les demandes de versement en espèces selon l'art. 5 LFLP mais pas pour le versement des prestations de vieillesse en capital plutôt que sous forme de rente. Dans l'arrêt précité, le TF a laissé ouverte la question de savoir comment se présente la situation juridique sur la base de l'art. 37, al. 5, LPP, introduit par la 1^{re} révision de la LPP.

L'introduction progressive de l'exigence du consentement écrit par le législateur et l'auteur de l'ordonnance montre clairement qu'il ne s'agit pas d'une lacune à combler par le tribunal. La 1^{re} révision de la LPP n'a pas non plus introduit d'exigence générale du consentement du conjoint pour tous les versements en capital ; il s'agit là cependant d'un silence qualifié du législateur et non pas d'une lacune légale à combler par le juge. Comme le législateur et l'auteur de l'ordonnance n'ont pas entrepris de modifications dans le domaine de la LFLP et de l'OLP à l'occasion de la 1^{re} révision de la LPP, la condition du consentement du conjoint pour des versements de prestations de vieillesse sous la forme de capital provenant d'un compte de libre passage manque de base juridique. Le versement de la prestation de vieillesse par l'intimée n'est par conséquent ni contraire à la loi ni contraire à l'ordonnance.

660 Compensation du versement en espèces de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts contre l'assuré en qualité d'administrateur

Référence à l'arrêt du TF du 8 mai 2008 en la cause M. contre Caisse X., 9C_203/2007 ; arrêt en français) (Art. 39, al. 2, LPP, art. 120 ss et 754 CO)

Un acte de défaut de biens a été délivré à la Caisse X. pour un montant de 17'742 francs correspondant aux cotisations LPP impayées de mars à décembre 1997 par la société B. SA déclarée en faillite en mars 1998. En qualité d'administrateur unique de B. SA, M. était assuré auprès de la Caisse X. En juin 2005, il a demandé le versement en espèces de sa prestation de sortie, car il avait l'intention de s'établir à son propre compte. La Caisse X. a accepté de verser à M. un montant de 14'718 francs correspondant à sa prestation de libre passage résiduelle après déduction de 17'742 francs correspondant à l'arriéré des cotisations LPP de B. SA.

Le litige porte sur le droit de la caisse intimée de compenser le versement en espèces de la prestation de sortie de M. avec une créance en dommages-intérêts qu'elle prétend détenir à l'encontre de ce dernier en sa qualité d'administrateur de B. SA.

Le TF a admis une telle compensation, en reprenant l'argumentation du Tribunal cantonal: en demandant réparation du dommage correspondant à l'arriéré des cotisations LPP de B. SA, la caisse se prévalait d'un dommage direct, respectivement d'une créance propre et non pas cédée par l'employeur, de sorte que l'art. 39 al. 2 LPP était inapplicable au cas d'espèce et que la compensation opérée par la caisse était admissible aux conditions posées par les art. 120 ss CO. Se prononçant à titre préjudiciel sur le bien-fondé de la créance en dommages-intérêts invoquée en compensation, les premiers juges ont considéré le dommage comme étant établi à hauteur de 17'742 francs. Ils ont retenu que M. avait contrevenu par une négligence grave à ses devoirs d'administrateur, en particulier à celui de veiller au respect des prescriptions en matière d'assurances sociales.

Le TF précise que le Tribunal cantonal était compétent pour statuer à titre préjudiciel sur l'action en responsabilité du droit des sociétés anonymes au sens de l'art. 754 CO – en l'occurrence celle de l'administrateur –, en tant que prémisses à la compensation avec la prestation de sortie (arrêt du 1^{er} septembre 1998 [B 45/97], RSAS 2002 p. 260 consid. 2b et 4). Dans de tels cas, les restrictions à la compensation prévues à l'art. 39 al. 2 LPP ne sont pas applicables (ATF 126 V 314 consid. 3b p. 315) dès lors que la contre-prestation invoquée en compensation n'est pas cédée par l'employeur – sinon la compensation serait exclue, même en cas de dommage intentionnel (ATF 126 V 314, 114 V 33 ; RSAS 2004 p. 378, CGSS 1994 n° 12 p. 112)

– mais consiste en un droit propre fondé sur l'art. 754 CO dont l'institution de prévoyance est titulaire en qualité de créancière sociale au bénéfice d'un acte de défaut de biens. La jurisprudence a expressément admis la compensation dans les cas de figure tels qu'en l'espèce (arrêt L. du 29 décembre 2000 [B 20/00] et même si dans l'ATF 132 V 127, le TF a exclu toute compensation entre une prestation de sortie et une créance originaire en dommages-intérêts respectivement une action récursoire (selon les art. 52 et 56a LPP), le recourant M. ne saurait rien en déduire en sa faveur dès lors que dans ce cas-là, il ne s'agissait pas du versement en espèces d'une prestation de libre passage mais du transfert de celle-ci à une nouvelle institution de prévoyance, de sorte que la protection du capital de prévoyance demeurerait prioritaire. Les constatations des premiers juges admettant la responsabilité du recourant – qui lie le TF (art. 105 al. 1 LTF) – ne sont pas critiquables, non pas tant en raison de la condamnation pénale de M. pour soustraction fautive des cotisations de prévoyance professionnelle, mais du fait que la violation par négligence des devoirs de diligence suffit pour engager la responsabilité de l'administrateur au regard de l'art. 754 al. 1 CO.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 106

Jurisprudence

643 Interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP concernant une demande de versement en espèces par un indépendant

(Référence à l'arrêt du TF du 12 mars 2008 en la cause D. contre Institution de prévoyance X., B 134/06 ; publication ATF prévue; arrêt en allemand) (Art. 4, al. 4, LPP)

Né en 1961, D. exploitait avec un cofermier une entreprise agricole sous la forme d'une société simple. Après la dissolution de cette dernière, D. a eu des besoins d'argent pour verser le capital propre au cofermier ainsi que pour investir dans une nouvelle installation de stockage de fourrage. Pour assurer le financement, D. a voulu utiliser les fonds constitués dans le cadre de la prévoyance professionnelle facultative. Il a ainsi résilié les assurances risques et le plan d'épargne et a demandé le paiement en espèces desdits fonds. L'institution de prévoyance X. a refusé cette requête en invoquant l'art. 4, al. 4, LPP. Le tribunal cantonal a ensuite rejeté l'action introduite par D., sur quoi celui-ci a repris ses conclusions devant le TF.

Devant le TF, le litige portait sur la question de savoir si, après avoir résilié la prévoyance professionnelle facultative, D. avait le droit d'exiger le paiement en espèces de son capital vieillesse accumulé ou si ce montant devait être viré à une institution de libre passage. La réponse dépendait de l'interprétation de l'art. 4, al. 4, LPP.

Selon le Tribunal fédéral, les travaux préparatoires relatifs à la disposition précitée (en particulier l'absence d'opposition, au plénum du Conseil national, à l'intervention du président de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique [le conseiller national Bortoluzzi]) révèlent une volonté claire du législateur d'assouplir l'affectation des fonds de la prévoyance professionnelle, sinon définie de manière très stricte par la loi (LPP, LFLP), lorsqu'il s'agit de la prévoyance professionnelle facultative des indépendants en faisant une exception pour les prélèvements en vue d'investissements dans l'entreprise. Cela n'est certes pas exprimé explicitement à l'art. 4, al. 4, LPP. Mais le législateur n'a pas qualifié de détournement de fonds de prévoyance de leur destination les prélèvements de cotisations et d'apports dans l'institution de prévoyance à des fins d'investissements dans l'entreprise et il a créé une exception pour de tels investissements. C'est dans la même optique que l'Office fédéral des assurances sociales s'appropriait à proposer, dans le cadre du processus législatif, une disposition d'ordonnance qui corresponde à l'avis du président de la Commission (voir projet de modification de l'OPP 2 relatif au 3^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP, art. 32a OPP 2, dans la version soumise à consultation

http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/presse/2005/f/050112010_1.pdf]; cet art. 32a OPP 2 n'a ensuite pas été intégré dans l'OPP 2). En l'absence d'une disposition d'exécution de l'art. 4. al. 4, LPP, il apparaît justifié au Tribunal fédéral de trancher le présent litige en se référant par analogie aux critères définis par l'art. 32a du projet d'OPP 2, c'est-à-dire en permettant d'exiger un retrait anticipé unique pour des investissements dans l'entreprise si ce retrait anticipé est demandé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse. Si un retrait anticipé n'en plus en discussion parce que l'assuré est sorti de l'institution de prévoyance, la totalité de la prestation de sortie peut être exigée en espèces pour des investissements dans l'entreprise.

En l'espèce, le remplacement de l'installation de stockage de fourrage représente un investissement classique dans l'entreprise, qui sert au maintien de l'exploitation et finalement à la sauvegarde des conditions d'existence de l'assuré dans le sens de la prévoyance professionnelle. Les conditions d'un paiement en espèces sont ainsi remplies sans autres. Il en est de même si des fonds provenant de l'institution de prévoyance sont demandés pour payer le partenaire commercial, car il s'agit là bel et bien d'investissements dans l'équipement. Une telle utilisation de ces fonds sert finalement également au maintien de l'entreprise et à la sauvegarde des conditions d'existence, ce qui la fait entrer dans la prévoyance professionnelle au sens le plus large. L'institution de prévoyance X. doit dès lors être condamnée à payer en espèces à l'assuré toute la prestation de sortie, y compris les intérêts légaux ou réglementaires.

Remarque:

Ce jugement relativise la réponse à la question 23 publiée dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 86 ch. 501 dans la mesure où il admet le versement en espèces de l'avoir constitué par l'indépendant assuré facultativement pour l'investir dans son entreprise, cela sous réserve de l'abus de droit.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 104

Prise de position

626 Dépôt d'une prestation de libre passage

Une institution de libre passage (une fondation bancaire par exemple) est-elle autorisée à inscrire dans son règlement que les avoirs de libre passage non réclamés à l'échéance normale peuvent être déposés après cette date sur un compte d'épargne à son nom?

Non, selon l'OFAS, une telle disposition ne serait pas conforme à l'art. 24g LFLP en relation avec l'art. 41, al. 3, LPP, selon lesquels une institution de libre passage doit continuer à gérer les avoirs déposés pendant dix ans à compter de l'âge ordinaire de la retraite. Ces avoirs ne doivent donc pas quitter le circuit de la prévoyance liée. Cette règle a une influence sur la rémunération car, sur un compte de libre passage (d'une fondation bancaire), le taux d'intérêt est généralement plus élevé que sur un compte d'épargne normal. A la fin du délai précité de dix ans, les avoirs de libre passage doivent être transférés au Fonds de garantie, qui les affecte au financement de la Centrale du 2^e pilier. Lorsqu'il n'est pas possible d'établir la date de naissance de la personne assurée avec exactitude et que l'institution de libre passage reste pendant dix ans sans nouvelle à propos des avoirs, ceux-ci seront maintenus jusqu'en 2010 dans l'institution et seront ensuite transférés au Fonds de garantie à partir du 1^{er} janvier 2011 (cf. art. 41, al. 4, LPP).

Le principe susmentionné, selon lequel les avoirs de libre passage ne peuvent pas quitter le circuit de la prévoyance liée, vaut également en cas de litige quant à l'ayant droit. Dans ce cas non plus, la fondation bancaire n'est pas autorisée à déposer les avoirs sur un compte d'épargne «ordinaire».

Jurisprudence

619 Compensation de rentes d'invalidité avec une prestation de sortie déjà versée en espèces

(Référence à l'arrêt du TF du 21 août 2007, cause O. contre caisse de pensions X., B 132/06 ; arrêt en français) (Art. 39 al. 2 LPP et art. 120 ss CO)

Après avoir résilié son contrat de travail pour le 31 mai 1991, l'assuré O. a obtenu le versement en espèces de sa prestation de sortie d'un montant de 108'675 francs pour cause de départ définitif à l'étranger. En septembre 1992, la Caisse suisse de compensation a décidé d'octroyer à O. une demi- rente AI du 1^{er} avril au 30 juin 1991, puis une rente entière AI à partir du 1^{er} juillet 1991. En mars 2000, O. a demandé à la caisse de pensions X. que le paiement de la prestation de sortie soit remplacé à titre rétroactif par le versement d'une rente d'invalidité. X. a répondu à O. qu'il pouvait prétendre dans l'absolu au versement d'une rente mensuelle d'invalidité dès le 1^{er} avril 1991 mais qu'il y avait prescription quinquennale des rentes jusqu'au 1^{er} mars 1995 et que, de plus, elle compensait les arriérés de rentes avec la prestation de sortie déjà versée, de sorte que le versement effectif de la rente d'invalidité débiterait en décembre 1999. En mars 2000, O. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud pour demander le paiement par X. de 108'400 francs au titre de rentes d'invalidité dues pour la période du 1^{er} mars 1995 au 31 mai 2000. Le tribunal a rejeté la demande.

En l'espèce, il n'est pas contesté, ni contestable qu'un cas d'assurance est survenu au moment où le droit à la rente AI a pris naissance, à savoir le 1^{er} avril 1991, soit une période antérieure à celle où les conditions du droit au versement en espèces de la prestation de sortie étaient remplies. Dans la mesure où la possibilité de demander le versement de cette prestation était éteinte, c'est à juste titre que la caisse de pensions a annulé rétroactivement le versement de la prestation de sortie et octroyé une rente d'invalidité à la place de celle-ci. N'est pas non plus litigieux le fait que le recourant n'a droit au versement des rentes qu'à partir du 1^{er} mars 1995, les rentes dues pour la période antérieure étant prescrites (art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2004, qui correspond à l'actuel art. 41 al. 2 LPP). Le recourant estime que la compensation opérée par l'institution de prévoyance aurait dû se faire sur les rentes désormais prescrites, qui auraient dû être versées entre 1991 et 1995.

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la question particulière de la compensation de créances est réglée de manière spécifique à l'art. 39 al. 2 LPP. Selon cette disposition, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. Cette interdiction quasi générale de compenser des expectatives de prévoyance professionnelle ne vaut pas lorsque lesdites prétentions sont exigibles. En effet, l'art. 39 al. 2 LPP ne règle pas la question de la compensation des créances propres de l'institution de prévoyance avec celles de l'assuré. Dans ce cas, les art. 120 ss CO sont applicables par analogie. Pour que la compensation ait lieu, l'art. 124 al. 1 CO exige que le débiteur fasse connaître au créancier son intention de l'invoquer. En l'espèce, dans sa réponse du 29 mai 2000 à la demande de rente d'invalidité de l'assuré, la caisse X. a fait connaître de manière claire et non équivoque qu'elle entendait compenser les rentes dont elle reconnaissait être débitrice à compter du 1^{er} mars 1995 avec sa créance en restitution de la prestation de sortie. L'argument du recourant selon lequel il y aurait lieu de requalifier a posteriori le versement de la prestation de sortie comme valant paiement anticipé de la rente d'invalidité doit être rejeté, car les procédures qui aboutissent au versement de ces prestations ne sont pas de même nature, ne visent pas le même but et obéissent à des règles différentes, de sorte qu'elles ne sauraient être confondues.

Le recourant se plaint, à titre subsidiaire, d'une violation du devoir d'information de l'institution de prévoyance; il estime que celle-ci aurait dû le rendre attentif, à l'époque, sur la possibilité qu'il avait de demander le versement d'une rente d'invalidité en lieu et place du paiement en espèces de sa prestation de sortie. Toutefois, le TF a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner plus avant cette question, car le dommage consécutif à une telle violation ne relève pas de la prévoyance professionnelle (au sens large ou au sens étroit), mais de la responsabilité civile des institutions de prévoyance, qui n'est pas de la compétence du tribunal de l'art. 73 LPP (ATF 120 V 26 consid. 3c p. 31, 117 V 33 consid. 3d p. 42). En définitive, le TF a rejeté le recours d'O.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 96

Indications

567 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE / Convention AELE - Versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse

1 Généralités

Conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes²¹ (art. 8 et annexe II), ce sont principalement les règlements (CEE) n° 1408/71²² et n° 574/72²³ qui s'appliquent à la sécurité sociale²¹ RS 0.142.112.681 suisse, donc à la prévoyance professionnelle. Ces règlements ne visent toutefois que la prévoyance obligatoire. Pour ce qui est de la prévoyance surobligatoire, c'est la directive 98/49/CE²⁴ qui s'applique (cf. ch. 4 ci-dessous). Les principes fondamentaux sur lesquels sont fondés les règlements (CEE) n° 1408/71 et n° 574/72 - notamment l'égalité de traitement et l'exportation des prestations - ne posent pas de problème particulier puisque la LPP n'est pas discriminatoire et qu'elle ne contient aucune disposition imposant le paiement des rentes sur le seul territoire suisse. Le versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse subira en revanche quelques restrictions.

2 Le versement en espèces de la prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte définitivement la Suisse (art. 5, al. 1, let. a, LFLP)

Le droit communautaire aura des implications notables sur le versement en espèces de la prestation de libre passage (art. 5, al. 1, let. a, LFLP). Le règlement (CEE) n° 1408/71 (art. 10, al. 2) interdit en effet le versement en espèces lorsque **l'assuré qui quitte la Suisse est assujéti à l'assurance obligatoire d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE**²⁵. Il en résulte que la partie obligatoire de la prestation de sortie devra être déposée sur une police ou sur un compte de libre passage. Ces restrictions entreront en vigueur le 1^{er} juin 2007, soit à l'échéance d'un délai transitoire de 5 ans à compter de l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes. A noter que c'est **la date du départ définitif de Suisse** qui déterminera la réglementation applicable au versement espèces²⁶.

Si la personne concernée n'est pas assujéti à l'assurance obligatoire d'un Etat membre de l'UE (la preuve doit en être apportée par l'intéressé) ou si la prestation est utilisée à des fins d'acquisition d'un logement, il y aura toujours la possibilité d'un versement en espèces. Quant à la partie surobligatoire de la prestation, elle pourra toujours être versée en espèces, aux mêmes conditions qu'actuellement (cf. ch. 4 ci-dessous), ce qui implique que les institutions de prévoyance, les institutions d'assurance et les fondations bancaires doivent être en tout temps en mesure de déterminer la part obligatoire et la part surobligatoire de la prestation de libre passage.

Ainsi, et pour résumer, le versement en espèces de la part obligatoire de la prestation de libre passage conformément à l'art. 5, al. 1, let. a, LFLP sera soumis à la double condition que

l'assuré ait quitté définitivement la Suisse et qu'il ne soit pas assujéti à l'assurance-pensions obligatoire d'un état membre de l'UE ou de l'AELE.

2.1 Le départ définitif de Suisse

La loi ne définit pas la notion de départ définitif de Suisse. Le message relatif à la LPP (FF 1976 I 117) a, il est vrai, mentionné à titre d'exemple «qu'il suffit, pour attester d'un départ définitif de Suisse, d'exiger des étrangers une attestation de retrait des papiers déposés en Suisse, et des Suisses la présentation de documents prouvant l'aboutissement de démarches entreprises à l'étranger en vue de s'y établir » (ch. 521.4).

Si ces critères ont le mérite de la simplicité, ils ne sont en revanche plus adaptés à la réalité de la situation. D'abord, l'accord sur la libre circulation des personnes prévoit l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et ressortissants d'un Etat membre de l'UE/AELE. Mais surtout, la pratique a montré qu'il était nécessaire de fixer des critères plus précis (cf. notamment les bulletins LPP N° 1 et 78).

C'est toutefois sciemment que l'on a renoncé à établir un catalogue de critères. Il n'existe en effet pas de critères exhaustifs sur lesquels les institutions de prévoyance pourraient fonder une procédure uniforme et obligatoire en la matière. Les institutions de prévoyance sont ainsi principalement compétentes pour déterminer quels sont les documents que l'assuré doit produire afin de démontrer la réalité de son départ définitif de Suisse ; elles sont également compétentes pour apprécier, le cas échéant, la valeur probante d'autres documents que pourrait présenter l'assuré. Il est donc important qu'elles disposent d'une certaine marge de manœuvre. Cela étant, aussi longtemps qu'une personne n'a pas élu domicile à l'étranger, elle reste domiciliée en Suisse ; ainsi, les institutions de prévoyance doivent, pour effectuer le versement en espèces, s'assurer que l'affilié a bien élu domicile à l'étranger. Il convient encore de préciser que l'assuré doit quitter définitivement la Suisse pour s'établir dans un Etat membre de l'UE, en Islande, au Liechtenstein ou en Norvège, et non dans un état tiers, par exemple au Brésil ou au Japon. Si l'assuré réside dans un Etat tiers mais reste assuré obligatoirement dans un Etat membre de l'UE/AELE, il ne peut pas bénéficier du paiement en espèces de la prestation de sortie (p.ex. un assuré prend domicile au Maroc et travaille en Espagne). Ce n'est pas l'Etat de résidence qui est déterminant, mais le lieu de l'affiliation obligatoire à un régime national de sécurité sociale.

2.2 Le non-assujéttissement à l'assurance-pension d'un état membre de l'UE ou de l'AELE

Comme toute preuve négative, la preuve du non-assujéttissement à l'assurance pensions d'un Etat de l'UE ou de l'AELE est difficile à apporter. Cela étant, c'est à l'(ex-)assuré de démontrer, de façon vraisemblable, qu'il n'est pas assujéti. Et c'est à l'institution de prévoyance compétente d'apprécier les éléments apportés par son (ex-assuré). Pour laisser à ladite institution une marge d'appréciation suffisante, il a été jugé préférable de renoncer à établir un document unique - du genre formulaire - qui devrait être utilisé systématiquement et obligatoirement.

22 RS 0.831.109.268.1

23 RS 0.831.109.268.1

24 JO L 209 du 25.7.1998, p. 46

25 S'agissant du Liechtenstein, il suffit que la personne concernée y réside pour exclure le versement en espèces.

26 En ce qui concerne les Etats membres de l'UE, voir le Protocole à l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, sous la rubrique « Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ». En ce qui concerne l'Islande et la Norvège, voir la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange, Annexe K, Appendice 2, Protocole 1 sous la rubrique « Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ». En ce qui concerne le Liechtenstein, voir l'art. 1 de la Deuxième Convention du 29 novembre 2000 complémentaire à la Convention de sécurité sociale du 8 mars 1989 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein (RS 0.831.109.514.13).

Celle-ci pourra alors procéder au versement en espèces sans courir le risque de devoir repayer des prestations si l'information s'avère inexacte par la suite (ce risque peut en revanche exister

A noter que si l'intéressé produit une attestation d'assujettissement ou de non-assujettissement émise par l'autorité compétente de l'Etat où il s'est établi, cette attestation liera l'institution de prévoyance suisse si l'institution a effectué un paiement à la légère, c.-à-d. sans prendre les précautions nécessaires).

Afin de faciliter l'établissement de la preuve de non-assujettissement pour les assurés qui souhaitent résider en Espagne ou au Portugal, un arrangement administratif a été conclu entre le fonds de garantie LPP et les organismes de liaisons de ces deux Etats. L'assuré dépose auprès du fonds de garantie une demande d'instruction de l'obligation de s'assurer. Trois mois à compter de la date du départ de Suisse, ladite demande est transmise à l'organisme de liaison étranger qui atteste ou non de l'assujettissement de la personne dans son système national de sécurité sociale. Le fonds de garantie transmet l'attestation à l'institution de prévoyance compétente, qui peut le cas échéant procéder au paiement.

Dans tous les cas, l'institution de prévoyance peut s'adresser au fonds de garantie pour avoir des précisions ou des éclaircissements sur les documents produits. En effet, le fonds de garantie, en tant qu'organisme de liaison, est tenu d'assurer la coordination avec les institutions étrangères et peut, à ce titre, leur demander des renseignements particuliers.

3 Le transfert transfrontalier de l'avoir de prévoyance

Compte tenu du principe de la territorialité, les institutions de prévoyance visées dans la LFLP sont des institutions suisses exclusivement. Il en résulte que le transfert de la prestation de sortie visée à l'art. 3, al. 1, LFLP ne peut avoir lieu qu'entre institutions de prévoyance suisses : le transfert vers une institution étrangère n'est pas autorisé, exception faite des institutions de prévoyance liechtensteinoises (art. 1 de la Deuxième Convention complémentaire à la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Liechtenstein²⁷). Inversement, les avoirs de prévoyance accumulés à l'étranger ne peuvent pas être transférés tels quels une institution de prévoyance ou de libre passage suisse. A cet égard, il faudra tenir compte, le cas échéant, des dispositions relatives au rachat.

4 La prévoyance surobligatoire et le pilier 3a

La prévoyance surobligatoire est régie par la directive 98/49/CE. Aux termes de cette dernière, les "Etats membres prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer le maintien des droits à pension acquis aux affiliés d'un régime complémentaire de pensions pour lesquels des cotisations ne sont plus versées à ce régime du fait qu'ils ont quitté un Etat membre pour un autre, à un niveau comparable à celui dont bénéficient les affiliés pour lesquels des cotisations ne sont plus versées mais qui restent dans le même Etat membre (...)" (art. 4). Le droit suisse est conforme à cette directive dès lors qu'il garantit le maintien des droits acquis sous forme de pension (versement de la prestation sur un compte ou une police de libre passage bloqués, puis droit à une rente le moment venu), la prestation en espèces ne constituant qu'une exception dont l'assuré peut bénéficier à sa demande. Quant au pilier 3a, il n'entre pas dans le champ d'application matériel des instruments européens applicables à la Suisse. Rien n'empêche donc un versement en espèces des prestations lorsque l'assuré quitte la Suisse.

En bref, cela signifie que la part surobligatoire de la prestation de sortie de même que les prestations du pilier 3a peuvent être versées en espèces en cas de départ définitif de Suisse.

²⁷ RS 0.831.109.514.13

5 La situation des travailleurs indépendants

Comme les salariés, les travailleurs indépendants assurés (facultativement) dans le deuxième pilier peuvent actuellement recevoir leur prestation de sortie en espèces lorsqu'ils quittent la Suisse.

Avec les dispositions du droit communautaire, les salariés qui s'établissent à leur propre compte en Suisse pourront toujours recevoir leur prestation de sortie en espèces. En revanche, s'ils quittent la Suisse et s'établissent à leur compte dans un pays membre de l'UE/AELE, ils n'auront - comme les salariés - la possibilité de percevoir leur prestation de sortie en espèces que dans la mesure où ils ne sont pas affiliés à titre obligatoire à l'assurance-pensions du pays en question.

6 La situation des travailleurs frontaliers

Les personnes qui s'établissent à l'étranger ou qui y sont déjà établies tout en ayant une activité lucrative en Suisse, que ce soit une activité salariée ou indépendante, ne sont pas considérées comme ayant quitté la Suisse ; elles n'ont donc pas droit au versement en espèces de la part obligatoire de leur prestation de libre passage.

Toutefois, le frontalier qui cesse son activité salariée en Suisse pour y entamer une activité indépendante peut bénéficier du paiement en espèces de la prestation de sortie, au même titre qu'une personne dans la même situation, mais qui réside en Suisse.

7 La situation des employés d'organisations internationales ou de représentations diplomatiques

Les personnes qui travaillent en Suisse pour le compte d'une organisation internationale ou d'une représentation diplomatique et qui, à ce titre, ne sont pas affiliées à l'AVS ni donc à la prévoyance professionnelle, peuvent prétendre au versement en espèces de l'entier de leur prestation de libre passage si elles s'établissent à l'étranger. En revanche, si elles demeurent en Suisse, le versement en espèces de la prestation de libre passage - parts obligatoire et surobligatoire - ne sera pas possible, car on ne peut pas considérer qu'elles ont quitté la Suisse définitivement.

8 Le versement anticipé de la prestation de libre passage en vue de l'acquisition d'un logement

Une personne quittant la Suisse pour s'établir dans un pays de l'UE ou de l'AELE ou qui est déjà installée dans ce pays aura toujours droit aux prestations en vue de l'acquisition d'un logement (art. 30a ss LPP) car l'accord sur la libre circulation des personnes n'a pas d'effets sur l'encouragement à la propriété du logement. Il sera donc toujours possible de toucher sa prestation de libre passage en espèces, aux conditions prévues par la loi, afin d'acquérir un logement à l'étranger (cf. FF 1999 5440, ch. 273.233.3).

9 Le champ d'application personnel de la réglementation

Les art. 5, al. 1, et 25f LFLP s'appliquent, selon leur lettre, aux assurés en général et non, comme c'est le cas par exemple des art. 25b et 25c LFLP, aux seuls ressortissants des Etats parties aux accords bilatéraux. Il s'ensuit que l'ensemble de la réglementation relative au paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de départ définitif de Suisse s'appliquera sans égard à la nationalité de la personne concernée.

10 L'élargissement de l'UE et l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes

Le 1^{er} mai 2004, dix nouveaux pays sont entrés dans l'UE. Il s'agit de Chypre, de l'Estonie, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de la Pologne, de la République tchèque, de la Slovaquie et de la Slovénie. Le champ d'application de l'accord sur la libre

circulation des personnes a été étendu à ces nouveaux Etats, avec effet au 1^{er} avril 2006. Depuis cette date, lesdits Etats bénéficient donc, en ce qui concerne leurs relations avec la Suisse, du même traitement que les anciens Etats. Cela signifie notamment que l'interdiction du versement en espèces de la prestation de libre passage s'appliquera à eux comme elle s'applique aux anciens Etats et dès la même date, c'est-à-dire dès le 1^{er} juin 2007.

A compter du 1^{er} janvier 2007, la Bulgarie et la Roumanie seront des Etats membres de l'UE. Toutefois, l'accord sur libre circulation des personnes ne sera pas étendu à ces deux pays ; ils doivent être considérés comme des Etats tiers, tant que les Etats parties à l'accord sur la libre circulation des personnes n'en ont pas décidé autrement.

Autres bulletins LPP traitant du versement en espèces de la prestation de sortie selon l'art. 5, al. 1, let. a, LFLP

- N° 85, ch 490
- N° 78, ch 463
- N° 61, ch 373
- N° 52
- N° 1, ch 4

Quelques liens Internet intéressants

<http://www.bsv.admin.ch> (OFAS)

<http://www.sfbvg.ch> (Fonds de garantie LPP)

<http://www.europa.admin.ch> (Bureau de l'intégration)

<http://europa.eu> (Union européenne), en particulier

http://ec.europa.eu/employment_social/social_security_schemes/index_fr.htm

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 94

Jurisprudence

556 Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 juin 2006 en la cause OFAS contre Cassa pensione dei dipendenti dello Stato del Cantone Ticino ; B 13/05 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 14 OPP2)

L'assuré, au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, est décédé après qu'il ait quitté la caisse de pensions. La caisse a traité la part active restante comme prestation de libre passage. L'intéressé a laissé une veuve et deux enfants, plus deux autres enfants nés d'un second lit. La veuve et ses enfants ont bénéficié d'une rente de veuve calculée sur la base de la demi-rente d'invalidité ainsi qu'une part leur revenant de la prestation de libre passage.

De son côté, l'OFAS a émis l'avis que le décès pouvait être considéré comme une aggravation du cas d'invalidité et que la caisse aurait dû procéder non pas au versement de la part de libre passage, mais aurait dû appliquer par analogie la jurisprudence en matière d'aggravation de l'invalidité et verser une prestation fondée sur une rente entière d'invalidité. Subsidiairement, l'Office a conclu que si le lien de causalité était nié, le partage de la prestation de libre passage devait être effectué non pas selon le règlement de la caisse, mais selon celui de l'institution supplétive à laquelle la prestation aurait dû être transférée lorsque l'assuré a quitté la caisse.

La Cour rappelle que si l'assuré est au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, la caisse divise l'avoir de vieillesse en deux parts égales, dont l'une est traitée selon l'art. 14 OPP2 (tenue du compte de vieillesse jusqu'à l'âge-terme) et l'autre est assimilée à l'avoir d'un assuré actif, soumis à la LFLP s'il quitte la caisse. Le tribunal confirme que l'assuré démissionnaire avait droit à une prestation de libre passage pour la moitié de l'avoir de vieillesse.

Toutefois, le TFA retient que la prestation de survivant doit être calculée sur la base de l'ancien art. 19 OPP2 (abrogé depuis l'entrée en vigueur de la 1^{ère} révision de la LPP), pour la prévoyance obligatoire, c'est-à-dire sur la base de la rente d'invalidité convertie en rente entière, mais déduction faite d'autres prestations de survivants dues en vertu de la LPP, jusqu'à concurrence de la moitié des prestations légales. La caisse doit donc reformuler son calcul, ce qui pourrait conduire à une rente supérieure à celle octroyée actuellement. Par contre, pour ce qui est du partage de la prestation de libre passage, le fait que l'assuré l'ait gardée dans la caisse au lieu de la transférer à l'institution supplétive correspond à un désir de maintenir la prévoyance, et, dès lors, le partage de l'éventuelle part surobligatoire restante, au titre de prestation de libre passage, doit se faire selon le règlement de la caisse et non selon le règlement de l'institution supplétive.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 86

EDITION SPÉCIALE (extrait, art. 4 al. 4 LPP)

501 Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP et du 3^e paquet d'ordonnances (paquet fiscal) lié à la 1^{re} révision de la LPP (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006)

23. L'art. 4, al. 4, LPP prévoit désormais l'affectation durable de la prévoyance facultative des indépendants à la prévoyance professionnelle. Les débats parlementaires (BO CN 06.05.2003) précisent que l'art. 4, al. 4, LPP avait pour but de limiter les abus, mais en aucun cas de limiter les possibilités des indépendants d'investir dans leur logement ou le développement de leur entreprise personnelle. Toutefois l'art. 32a OPP2 révisé, qui devait régler précisément cette exception, a été abandonné.

En l'état du droit au 1^{er} janvier 2005:

- Peut-on considérer qu'un indépendant peut continuer de toucher librement son capital de prévoyance en espèces, en application de la jurisprudence passée (notamment ATF 117 V 160)?
- Si le versement en espèces n'est plus possible, peut-on néanmoins admettre que la restriction ne touche que la prévoyance constituée après le 1^{er} janvier 2005?
- Si la restriction du versement en espèces ne touche que la prévoyance constituée après le 1^{er} janvier 2005, un rachat partiel — sans sortie de la prévoyance professionnelle — est-il possible?

L'art. 4, al. 4, LPP ne permet plus à un indépendant de retirer son capital LPP en tout temps en arrêtant l'assurance LPP, sur la base de l'ATF 117 V 160. Par conséquent, si un indépendant sort d'une institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de *prévoyance*, sa prestation de libre passage devra être transférée dans une institution de libre passage (ou dans une nouvelle institution de prévoyance), comme c'est le cas pour les assurés salariés qui sortent d'une institution de prévoyance (cf. art. 4 LFLP). Vu l'abandon du projet d'art. 32a OPP 2, l'indépendant ne peut pas effectuer en tout temps des investissements dans son entreprise au moyen de la LPP. Par ailleurs, le versement anticipé pour le logement reste admissible aux conditions fixées par l'art. 30c LPP. La disposition de l'art. 4, al. 4, LPP s'applique à la totalité du capital de prévoyance existant au 1^{er} janvier 2005.

Depuis le 1^{er} janvier 2005 (entrée en vigueur de la nouvelle disposition de l'art. 4, al. 4, LPP), l'indépendant ne peut exiger le versement en espèces de la prestation de sortie qu'au moment où il se met à son compte ou, plus exactement, durant la première année de son activité. Cette règle s'applique même s'il fait le choix de ne pas s'affilier à un 2^e pilier (la solution que l'indépendant choisit pour sa prévoyance n'a donc pas d'importance).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 85

Prise de position de l'OFAS

490 Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers

Ces derniers temps, plusieurs informations, souvent inexactes, ont circulé autour du versement en espèces de la prestation de sortie lorsque l'assuré quitte la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après mai 2007. Nous vous rappelons les informations données dans le bulletin no 61 du 22 mai 2002, ch. 373, que nous confirmons ci-après.

Les assurés qui quittent la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après le 31 mai 2007, pourront continuer de toucher en espèces la partie correspondant à la prévoyance minimale obligatoire de la prestation de libre passage, sauf s'ils sont assujettis à l'assurance-pensions obligatoire d'un pays de l'UE/AELE. La part éventuelle restante de la prévoyance surobligatoire pourra faire l'objet d'un remboursement dans tous les cas. La prestation sera ainsi partagée et une partie du capital devra rester en Suisse. Le *transfert* du capital de prévoyance qui reste en Suisse doit obligatoirement être effectué à une institution de libre passage en Suisse (compte bancaire ou police d'assurance); un transfert à une institution étrangère est exclu, exception faite pour le Liechtenstein où le deuxième accord complémentaire à la convention de sécurité sociale permet le transfert de la prestation de libre passage dans une institution de prévoyance du Liechtenstein lorsqu'on commence une nouvelle activité salariée au Liechtenstein²⁸.

Quelques cas particuliers:

1. Une personne quittant la Suisse pour s'établir comme indépendante dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa prestation de libre passage minimale légale (ci-après : PLP) conformément à l'art. 5, al. 1, let. b, LFLP?

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE. Autrement dit, le critère déterminant en l'espèce n'est pas l'établissement ou non à son propre compte, mais l'assujettissement ou non à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE.

2. Une personne quittant la Suisse pour s'installer dans un pays de l'UE ou de l'AELE ou qui est déjà installée dans ce pays a-t-elle droit aux prestations en vue de l'acquisition d'un logement?

Oui, car « l'accord n'a pas d'effet (...) sur l'encouragement à la propriété du logement. Il sera toujours possible de transférer de l'argent à l'étranger afin d'y acquérir un logement en propriété » (message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, ch. 273.233.3²⁹).

3. Y a-t-il un âge-terme à partir duquel le versement en espèces de la PLP est toujours possible?

Non. En revanche, selon l'art. 16, al. 1, OLP, les prestations de vieillesse dues en vertu de polices et de comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que

l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP. Pour autant que les conditions prévues par la police ou le compte de libre passage le permettent, l'intéressé aura donc droit à la prestation de vieillesse - soit presque toujours une prestation en capital - à 60 ans pour les hommes et à 59 ans pour les femmes (en 2005). Il s'agit bien sûr d'une prestation de vieillesse et non à proprement parler d'une PLP, mais le résultat est sensiblement le même.

4. Une personne qui touche une pension de vieillesse dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa PLP?

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE/AELE (art. 25f, al. 1, LFLP). La loi ne contient à cet égard aucune exception ou réserve en faveur des pensionnés.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 84

Prise de position de l'OFAS

487 Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)

Le 3ème paquet de la 1ère révision de la LPP entrera en vigueur le 1.1.2006. Dès cette date, l'actuelle limitation du rachat de l'art. 79a LPP sera abrogée et l'art. 79b de la LPP révisée entrera alors en application¹. Interrogé à plusieurs reprises au sujet de cette nouvelle disposition, l'OFAS exprime la position suivante, sous réserves d'autres questions actuellement encore à l'examen :

1. Est-ce que la nouvelle réglementation sur le versement des prestations en capital s'applique aux assurés qui ont effectué des rachats avant le 1.1.2006 ?

L'art. 79b s'appliquera à tous les rachats effectués à partir de son entrée en vigueur. Par conséquent, il ne s'applique pas aux rachats effectués jusqu'au 31.12.2005, qui sont actuellement soumis à limitation. Pour les rachats antérieurs à l'entrée en vigueur de cet article, le versement sous forme de capital n'est donc pas exclu.

2. Est-ce que le versement des prestations en capital et les versements anticipés pour le logement sont aussi exclus pendant 3 ans lorsqu'une personne a racheté la prestation de sortie transférée lors d'un divorce ?

Non. L'art. 79b, al. 4, LPP prévoit expressément une exception pour ce cas particulier de rachat (cf. art. 22c LFLP).

3. A partir du 1.1.2006, est-ce qu'il faudra rembourser tous les versements anticipés pour le logement avant de pouvoir effectuer d'autres rachats ou bien seulement les versements anticipés effectués dès cette date ?

Pour tous les rachats effectués à partir du 1.1.2006, il faudra d'abord rembourser tous les versements anticipés pour le logement qui ne le sont pas encore, indépendamment du fait que ces versements soient antérieurs ou postérieurs à cette date (l'actuelle disposition de l'art. 14, al. 1, OEPL sur la coordination entre les versements anticipés et les rachats sera abrogée dès le 1.1.2006). Le montant minimal pour le remboursement d'un versement anticipé est de 20'000 francs, sauf lorsque le solde du versement anticipé à rembourser est inférieur à cette somme (cf. art. 7 OEPL).

Pour les personnes qui ne peuvent plus rembourser des versements anticipés pour le logement en raison de leur âge (cf. art. 30d, al.3, let. a, LPP), l'art. 60d OPP 2 prévoit une exception afin

qu'elles puissent effectuer des rachats pour combler d'autres lacunes de prévoyance, dans la mesure où le règlement admet encore de tels rachats.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 82

Jurisprudence

481 Révocation du versement en capital

(En référence à un arrêt du TFA du 31 janvier 2005 en la cause K. W. W., B 29/04, en allemand)

(Art. 37, al. 3, ancienne LPP; art. 37, al. 4, let. b, LPP)

Nous nous sommes prononcés, au ch. marginal 388 du Bulletin de la prévoyance professionnelle N 64 du 28 octobre 2002, sur le délai dont dispose la personne assurée pour revenir sur son choix d'un versement sous forme de capital plutôt que sous forme de rente. A l'époque, nous partions du principe qu'une personne assurée devait pouvoir revenir sur une décision qu'elle avait prise, mais, pour qu'il n'y ait pas de risque d'anti-sélection, nous avons affirmé qu'il convenait de limiter la révocation du choix du capital à un délai de six mois avant l'âge de la retraite. Or, le TFA a affirmé, dans l'arrêt mentionné ci-dessus, que l'art. 37, al. 3, ancienne LPP (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) n'autorisait pas une révocation du droit formateur lorsqu'à commencer à courir le délai de trois ans avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse.

Cette disposition légale ne porte que sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'une personne assurée puisse exiger le versement de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle sous forme de prestation en capital plutôt que sous forme de rente, mais elle ne prévoit aucune possibilité de révocation.

Le Conseil fédéral avait voulu introduire le délai légal de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP pour protéger l'institution de prévoyance contre le danger du risque d'anti-sélection (message sur la LPP, FF 1976 I 217 s.). La LPP prévoit aussi ailleurs un délai de trois ans en faveur des institutions de prévoyance. C'est ainsi que la personne assurée peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins (art. 30c, al.1, LPP et art.331e, al. 1, CO) ou mettre en gage son droit aux prestations de prévoyance (art. 331d, al. 1, CO), le remboursement d'un montant obtenu dans ce but étant aussi autorisé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse (art. 30d, al. 3, let. a, LPP). Ces dispositions non plus ne prévoient pas de possibilité de révocation lorsque le délai a commencé à courir. Le délai de trois ans devait empêcher ou réduire le risque d'anti-sélection. Il peut aussi y avoir un risque d'anti-sélection lorsqu'une personne assurée qui a opté pour un versement en capital revient sur sa décision parce qu'elle a jugé après-coup qu'elle allait probablement vivre plus longtemps et, de ce fait, qu'elle constituait un mauvais risque pour l'institution de prévoyance. Le but de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP étant précisément de rendre impossible ce type de comportement, il ne serait pas judicieux de permettre une révocation qui ne respecterait pas le délai légal mentionné.

Si une personne assurée a pris une fois ce genre de décision, elle ne peut donc plus revenir en arrière, au moins lorsque le délai de trois ans a commencé à courir. Si le droit formateur pouvait être révoqué après le début du délai, toutes les personnes assurées pourraient user de la possibilité de révoquer la décision jusqu'au moment du paiement. De ce fait, la possibilité de choisir prévue à l'art. 37, al. 3, ancienne LPP ne serait plus limitée dans le temps pour ce groupe de personnes. Toutes les personnes assurées pourraient contourner la disposition au moyen d'une simple déclaration si bien que la norme pourrait être vidée de son contenu (soit empêcher ou freiner le risque d'anti-sélection). Pour prévenir ce genre d'abus, la révocation ne doit être

autorisée que jusqu'à trois ans au plus avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle.

Mise à jour

Dans cadre de la 1^{re} révision LPP, le législateur a élaboré une nouvelle version de l'art. 37 LPP (forme des prestations) et remplacé l'al. 3 par deux nouveaux alinéas (le nouvel article est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005). Selon l'art. 37, al. 4, let b, LPP, il n'existe plus de délai légal que la personne assurée doit respecter pour faire connaître sa volonté ; l'institution peut par contre prévoir que les ayants droit aient à respecter un délai déterminé pour faire savoir qu'ils désirent percevoir une prestation en capital.

En raison de cette jurisprudence – même si elle se réfère à l'art. 37, al. 3, ancienne LPP –, nous estimons quant à nous qu'il faut aussi partir du principe que le nouvel art. 37, al. 4, let. b, LPP n'autorise pas une révocation de droit formateur après le début du délai fixé par l'institution de prévoyance pour faire connaître sa volonté de percevoir une prestation en capital.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 78

Prise de position de l'OFAS

463 Versement en espèces de la prestation de sortie lors du départ définitif de la Suisse

L'attention de l'OFAS a été attirée par le fait que des étrangers qui quittent la Suisse tout en maintenant un droit de retour dans le cadre de la réglementation du séjour et de l'établissement perçoivent les prestations de sortie en espèces. Il s'ensuit qu'ils rentrent à nouveau en Suisse peu de temps après leur départ soi-disant définitif et reconstituent leur prévoyance. Dans certains cas, ils réalisent ainsi des avantages fiscaux non négligeables.

Nous tenons à rappeler que le versement en espèces de la prestation de sortie n'est possible que pour autant que l'assuré (suisse ou étranger) ait quitté **définitivement** la Suisse. Pour un étranger, le départ définitif signifie qu'il n'a pas de possibilité de revenir dans l'immédiat, c'est-à-dire en bénéficiant encore des avantages liés à son permis actuel. Les institutions de prévoyance ne doivent donc pas verser la prestation en espèces lorsqu'il subsiste une possibilité de retour liée au permis en cours. Nous vous rappelons que lorsque la prestation a été versée à tort, par défaut de diligence de l'institution de prévoyance, celle-ci doit la réintégrer à ses frais si l'assuré retourne en Suisse. A cet effet, les institutions sont priées de prendre contact avec les autorités de séjour pour s'assurer que les conditions au départ définitif de la Suisse sont bien remplies. Cela implique aussi qu'elles examinent avec une attention particulière les preuves du départ fournies par les étrangers. Nous saisissons, du reste, aussi cette occasion pour rappeler que l'examen des preuves du départ définitif concerne tout aussi bien les suisses.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 76

Jurisprudence

452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance

(Référence à un arrêt du TFA du 30 avril 2004, en la cause K., B 83/02 ; arrêt rendu en allemand) (confirmation de l'arrêt du 10.07.2003, B 9/01 = TFA 129 V 440, résumé dans le bulletin LPP N° 71, du 23.12.2003, ch. 424, et délimitation de l'état de fait ayant donné lieu à cet arrêt).

Dans le cas présent, l'assuré a exigé, après la survenance de l'invalidité, que des avoirs de libre passage transférés par des institutions de prévoyance précédentes à une fondation de libre

passage et à l'institution supplétive soient pris en compte par son institution de prévoyance et utilisés pour le calcul de la rente d'invalidité. Lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance débitrice de la prestation, il n'existait aucune obligation réglementaire d'apporter les avoirs déposés auprès d'institutions de libre passage. En outre, l'institution de prévoyance avait à l'époque attiré l'attention de l'assuré sur son obligation de transférer l'avoir acquis dans l'institution de prévoyance immédiatement précédente et sur la possibilité de racheter des prestations.

En l'espèce, le TFA a jugé que conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 4, let. a, de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994 (aOLP), qui visait le même objectif que l'actuelle OLP, le droit de pouvoir transférer en tout temps un avoir d'une institution de libre passage à une institution de prévoyance n'existait qu'aussi longtemps qu'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) n'était pas encore survenu. Cette situation est différente de celle où la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'institution de prévoyance précédente et où par conséquent cette dernière doit en tenir compte même après la survenance du cas de prévoyance (ATF 129 V 440).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 64

Prise de position de l'OFAS

388 Versement du capital en lieu et place de la rente – l'assuré peut-il revenir sur son choix et à quelles conditions ?

L'assuré qui, dans les institutions de prévoyance qui le permettent, choisit un capital en lieu et place de la rente, peut-il revenir sur ce choix et opter à nouveau pour une rente ? Consulté à diverses reprises sur cette question qui fait problème dans certains cas, notre office avait pris position – non publiée dans le bulletin – pour la primauté de la rente et donc pour la possibilité accordée à l'assuré de revenir sur son choix. En effet, dans ces cas, le droit à la rente doit primer selon la loi.

Toutefois, il n'est pas question de permettre à l'assuré de changer à tout moment d'avis, mais il ne s'agit pas non plus d'empêcher l'assuré de revenir sur une décision de choisir le capital. Le choix peut être limité dans le temps, mais encore faut-il que cette limitation ne soit pas de nature à empêcher l'assuré d'exercer son choix et son droit de révoquer ce dernier.

Dès lors, si la loi prime par rapport aux règlements des institutions de prévoyance qui permettraient aux assurés d'exercer une option, on doit aussi admettre que la caisse ne subisse pas de désavantage du fait du choix de l'assuré. En particulier, si elle doit refaire ses calculs, il lui faut du temps, d'où la limitation de la révocation de l'option à un délai de 6 mois avant l'âge terme.

Certaines caisses fixent une « peine conventionnelle » sous forme de réduction de la rente d'un certain pourcentage pour couvrir le risque d'antisélection. Cela s'explique parce que la caisse doit prévoir un financement pour une prestation sous forme de rente, calculée sur la base de données actuarielles. Si elle sert un capital, le calcul se fait sur d'autres bases, plus avantageuses pour la caisse. Dès lors, en revoyant son calcul, la caisse corrige son modèle de financement prévu initialement et si l'assuré change d'avis, elle doit revenir au modèle initial et subit ainsi un manque de financement. Notre office a admis que le risque d'antisélection puisse être supporté par l'assuré, de même que les frais inhérents à son changement d'avis, mais pour autant que ceux-ci (frais et antisélection) soient dûment prouvés. Une réduction systématique de la prestation, de même qu'un forfait pour les frais ne sauraient ainsi être admis sans autre.

Jurisprudence

390 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Note sur un arrêt du TFA du 24 juin 2002 dans l'affaire H.S., B 38/OO ; arrêt en allemand)
(Art. 13 al. 2, LPP, art 2 al.1, LFLP)

Selon la jurisprudence constante (ATF 126 V 89, 120 V 306, RSAS 1998, p. 126) qui s'est référée au droit régissant la prestation de libre passage en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, découlant de l'article 27 alinéa 2 LPP (pour la part obligatoire) et de l'article 331b alinéa 1 CO (pour la part surobligatoire), l'assuré n'a pas droit à une prestation de libre passage -qui sert au financement des prestations de vieillesse- lorsque la résiliation des rapports de travail survient à un moment où il remplit les conditions réglementaires donnant droit à une retraite anticipée. Selon le TFA, il s'agit de savoir si ces principes sont conciliables avec la nouvelle réglementation sur le libre passage, valable à partir du 1^{er} janvier 1995, dont le but est que l'assuré puisse changer d'emploi sans avoir le souci de subir en pareil cas d'importantes pertes dans sa prévoyance professionnelle. Cela se pose notamment dans les cas où l'assuré ne veut pas cesser d'exercer une activité lucrative alors qu'il a atteint l'âge de la retraite anticipée, mais qu'il a au contraire en vue d'exercer une nouvelle activité lucrative dépendante, et, par conséquent, d'entrer dans une nouvelle institution de prévoyance. Ce problème relatif à ce cas d'espèce n'a pas besoin d'être traité et cette question a donc été laissée ouverte, car une interprétation correcte des dispositions statutaires applicables en la matière conduit à une solution claire.

Etant donné que l'intimée est une institution de prévoyance de droit public, ce sont les règles relatives à l'interprétation du texte légal qui demeurent applicables lorsqu'il s'agit de déterminer le sens précis des dispositions statutaires. On ne peut s'écarter qu'exceptionnellement d'un texte clair et précis, et donc sans ambiguïté, d'une disposition légale que lorsqu'il existe en particulier des motifs pertinents que le texte légal ne traduit pas le sens véritablement voulu par la disposition.

La disposition correspondante des statuts en vertu de laquelle l'assuré, qui a atteint l'âge de 60 ans, peut exiger sa sortie de l'institution de prévoyance et le versement d'une rente de vieillesse lorsqu'il a résilié ses rapports de service ou de travail, laisse clairement la possibilité à ce dernier, selon sa teneur, de demander le paiement de la rente de vieillesse anticipée si les conditions sont remplies. Si l'interprétation du règlement de prévoyance fait juridiquement dépendre le versement aux assurés de la rente de vieillesse d'une déclaration de volonté quand ils remplissent les conditions pour la retraite anticipée, le cas de prévoyance vieillesse -qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'article 2, 1^{er} alinéa, LFLP- n'est pas automatiquement réalisé dans tous les cas où les rapports de travail ou de service sont résiliés alors que l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Bien plus, le cas de prévoyance ne survient que lorsque l'assuré a fait usage de son droit -selon la possibilité offerte dans les statuts- d'exiger le versement de la rente de vieillesse anticipée. Si l'assuré n'exerce pas son droit, il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 LFLP).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 59

Jurisprudence

371 Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance

(référence à l'arrêt du 19.10.2001 dans la cause E.S. 2/01)

L'assurée E.S. a quitté l'institution de prévoyance (IP) de son employeur de droit public

le 30.9.1986 (c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la LPP, mais avant celle de la LFLP). Voulant se mettre à son propre compte, E.S. a fait une demande de versement en espèces de sa prestation de sortie, mais cette demande a été refusée en date du 2.5.1987. Bien que l'IP ait invité E.S. à remplir la demande pour la conclusion d'une police de libre passage, E.S. n'a pas réagi. Elle se manifesta seulement en 1998, au moment où elle atteignit l'âge de la retraite AVS, et exigea alors le versement en espèces de son avoir de prévoyance. L'IP invoqua la prescription.

Selon les dispositions statutaires de l'IP, les prestations de libre passage se prescrivent par 10 ans. Le Tribunal fédéral constate que la prescription telle que prévue par les statuts n'est pas applicable, car elle est contraire au droit supérieur : du point de vue du droit et de la technique des assurances, les prestations de libre passage ne sont pas des prestations comparables aux prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité, mais constituent les bases de financement pour d'éventuelles prestations futures. Depuis le 1.1.1985, des dispositions exigent le maintien de la prévoyance. Il n'y a pas de prescription de la prestation de libre passage selon l'art. 41 LPP tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance. Même si l'on excluait cette interprétation en se basant sur le but de la norme et la systématique de la loi, il n'y aurait pas encore prescription, car ce cas de libre passage n'était pas encore liquidé au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage en date du 1.1.1987 (ordonnance sur le maintien), comme cela ressort de la correspondance. Cette ordonnance précise expressément qu'il faut maintenir la prévoyance même en l'absence de collaboration de l'assuré. L'entrée en vigueur de cette ordonnance exclut à plus forte raison la prescription des prestations de libre passage, aussi longtemps que dure l'obligation de maintenir la prévoyance.

Cet arrêt concernant une sortie d'IP sous le régime de l'ordonnance sur le maintien reste valable avec la loi et l'ordonnance actuelles sur le libre passage qui stipulent clairement l'obligation de maintenir la prévoyance de l'assuré, même lorsqu'il ne fournit aucune indication.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 53

Prise de position

315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage

Ces derniers temps, l'OFAS s'est vu souvent poser la question suivante : un assuré peut-il avoir simultanément plusieurs comptes de libre passage ou polices de libre passage ?

La loi fédérale sur le libre passage a été créée - comme le précise expressément le Message - pour empêcher la dispersion des avoirs du 2e pilier de l'assuré. En application de la loi, le Conseil fédéral a adopté l'article 12 alinéa 1 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), qui stipule que la prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum. D'après l'article 12 alinéa 4 OLP, l'assuré a ultérieurement le droit de changer en tout temps d'institution de libre passage ou d'adopter une autre forme de maintien de la prévoyance. D'après la lettre de cette dernière disposition, le droit de l'assuré de changer en tout temps d'institution de prévoyance ou de forme de prévoyance ne lui permet pas de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage.

Il résulte en outre de l'interprétation historique que les aspects fiscaux ont joué un rôle déterminant pour l'adoption de la limitation de l'article 12 OLP (Bulletin n° 30). Il serait donc contraire au sens de cette disposition d'admettre que la prestation de sortie puisse être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage.

Cette limitation s'applique à chaque prestation de sortie prise isolément. Il serait donc admissible que chacune des prestations de sortie résultant de plusieurs rapports de prévoyance soit transférée à deux institutions de libre passage.

Jurisprudence

322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 27.3.2000 en la cause Z. contre caisse de prévoyance A., B 35/99; en français)

art. 1 et 2 LFLP, 13, 27 et 49 LPP)

Z., né en 1935, a résilié pour le 30 septembre 1998 son contrat de travail avec l'entreprise A. pour s'établir comme indépendant. Z. a demandé à la caisse de prévoyance A. le transfert de la prestation de libre passage à la fondation de libre passage 2e pilier de la Banque C. La caisse A. a rejeté la demande de Z, mais lui a par contre reconnu le droit à une rente de vieillesse à partir du 1^{er} octobre 1998. Débouté en instance cantonale, Z. a recouru au TFA. L'OFAS a proposé l'admission du recours. Le droit à la prestation de libre passage doit être nié lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu du règlement de prévoyance, prétendre des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. Si le règlement donne droit à des prestations de vieillesse à partir d'une limite d'âge (inférieure à 65 ans) déjà atteinte par l'assuré lorsque les relations de travail prennent fin, le cas de prévoyance est alors donné. Dans cette hypothèse, l'assuré ne saurait se voir reconnaître la faculté de choisir entre l'octroi d'une rente de vieillesse et l'octroi d'une prestation de sortie (ATF 120 V 309 consid. 4 et les références). La question de savoir, s'il est encore possible de soutenir, comme l'a fait la jurisprudence précitée, que la loi manquerait son but de prévoyance si l'assuré était en droit de choisir entre diverses formes de maintien de la prévoyance, alors que la LFLP en organise les modalités, apparaît pour le moins discutable. Elle peut toutefois rester indécise dès lors que pour les raisons qui suivent le recourant n'a pas droit à une prestation de libre passage en l'espèce. En effet, le règlement de la caisse A. fixe la limite d'âge pour le droit à la prestation de vieillesse à 60 ans révolus. Cela constitue, au regard de la LFLP également, la limite d'âge pouvant donner lieu à un cas de prévoyance (art. 2 LFLP). Comme Z., âgé de 63 ans et quelques mois lors de la cessation des relations de travail, a droit à une prestation de vieillesse, Z ne peut pas exiger une prestation de libre passage. Le TFA a rejeté le recours de Z.

315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage

Ces derniers temps, l'OFAS s'est vu souvent poser la question suivante: un assuré peut-il avoir simultanément plusieurs comptes de libre passage ou polices de libre passage?

La loi fédérale sur le libre passage a été créée - comme le précise expressément le Message - pour empêcher la dispersion des avoirs du 2e pilier de l'assuré. En application de la loi, le Conseil fédéral a adopté l'article 12 alinéa 1 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), qui stipule que la prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum. D'après l'article 12 alinéa 4 OLP, l'assuré a ultérieurement le droit de changer en tout temps d'institution de libre passage ou d'adopter une autre forme de maintien de la prévoyance. D'après la lettre de cette dernière disposition, le droit de l'assuré de changer en tout temps d'institution de prévoyance ou de forme de prévoyance ne lui permet pas de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage.

Il résulte en outre de l'interprétation historique que les aspects fiscaux ont joué un rôle déterminant pour l'adoption de la limitation de l'article 12 OLP (Bulletin n° 30). Il serait donc contraire au sens de cette disposition d'admettre que la prestation de sortie puisse être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage.

Cette limitation s'applique à chaque prestation de sortie prise isolément. Il serait donc admissible que chacune des prestations de sortie résultant de plusieurs rapports de prévoyance soit transférée à deux institutions de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 48

Jurisprudence

287 Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente - Consentement du conjoint - Compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP

(Référence à l'arrêt du 21.4.99 en la cause OFAS c. Fondation de prévoyance X, B 38/98 ; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP, 5 LFLP)

Résumé des faits

L'assurée a demandé le versement en capital de ses prestations de vieillesse. L'institution de prévoyance, dont le règlement prévoit la possibilité d'un tel versement, a exigé le consentement du mari pour y procéder.

L'assurée a saisi le tribunal cantonal compétent d'une action tendant à l'obtention d'une dispense du consentement de son mari. Elle a fait valoir qu'elle était séparée de ce dernier depuis 20 ans, qu'elle ne connaissait pas son domicile et qu'elle se trouvait donc dans l'impossibilité d'obtenir le consentement requis.

La cour cantonale a décliné sa compétence et a déclaré la demande irrecevable. Elle a considéré, en bref, que l'assurée devait en appeler au juge civil pour obtenir la dispense en question.

L'OFAS a interjeté recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue sur la demande de l'assurée.

En droit

L'OFAS a qualité pour recourir en vertu de l'art. 4a OPP 1 (consid. 1).

Pour exiger le consentement du mari de l'assurée, l'institution de prévoyance a invoqué, par analogie, l'art. 5, al. 2, LFLP, qui concerne le paiement en espèces de la prestation de sortie. Les premiers juges, quant à eux, se sont déclarés incompétents en se fondant sur l'al. 3 de la même disposition, d'après lequel l'assuré peut en appeler au tribunal s'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime. L'autorité cantonale, implicitement, considère que cette disposition est aussi applicable en l'espèce et que, par tribunal, il faut entendre le juge civil (consid.3a).

La LFLP ne précise pas ce qu'il faut entendre par tribunal au sens de l'art. 5, al. 3, LFLP. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. On peut néanmoins concevoir qu'il s'agisse de la juridiction compétente au sens de l'art. 73 LPP (auquel renvoie l'art. 25 LFLP) ou du juge civil, spécialement le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale selon l'art. 180 CC. Il n'est toutefois pas nécessaire, en l'occurrence, de trancher ce problème. En effet, l'art. 5 LFLP n'est pas applicable ici dès lors que le litige porte non sur la prestation de sortie mais sur le droit de l'assuré de recevoir, au titre de prestations de vieillesse, un versement en capital en lieu et place d'une rente. Pour cette éventualité, ni la loi ni le règlement n'exigent le consentement du conjoint.

L'autorité cantonale aurait donc dû examiner, en premier lieu, si l'institution de prévoyance, malgré l'absence de base légale et réglementaire, était en droit, par une application analogique de l'art. 5, al. 2, LFLP, de subordonner le versement du montant en capital au consentement du

mari de l'assurée. C'est la question principale que soulève le présent litige au fond. Ainsi posée, elle relève incontestablement du droit de la prévoyance professionnelle et il appartenait donc au tribunal administratif de la trancher. Il n'est pas concevable, en effet, d'en appeler au juge civil pour obtenir une dispense du consentement de l'époux, alors que la nécessité de ce consentement n'est pas tirée au clair sous l'angle de la prévoyance professionnelle (consid. 3b).

Dans ces conditions, il convient, selon le TFA, d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle procède à cet examen et rende un nouveau jugement. Si elle parvient à la conclusion que l'autorisation du mari est nécessaire, il lui appartiendra aussi de se prononcer sur la dispense sollicitée par l'assurée. Car, même si l'on admettait que cette dispense, prise isolément, relève de la compétence du juge civil, il faudrait de toute façon considérer que l'autorité désignée par l'art. 73, al. 1, LPP est habilitée à trancher la question à titre préjudiciel quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle. A cela s'ajoutent des considérations tirées de l'économie de la procédure. Il serait en effet disproportionné d'imposer à l'assurée de mener successivement deux procédures pour faire valoir sa prétention (consid. 3c).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 47

EDITION SPECIALE

270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage

- adaptation au nouveau droit du divorce
- nouveau taux d'intérêt moratoire pour les prestations de sortie

Les nouvelles dispositions entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Nous vous informons par le biais de cette édition spéciale :

- du texte des modifications de l'OLP (version non officielle)
- des commentaires des modifications
- du texte de l'ordonnance du DFI sur le divorce
- du commentaire de cette ordonna

**Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle
vieillesse, survivants et invalidité**

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Modification du

*Le Conseil
fédéral suisse*

arrête :

I

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage³⁰ est modifiée comme suit :

Art. 7 Taux d'intérêt moratoire

Le taux d'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP³¹, augmenté de 1/4%.

Art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce

(nouveau)

¹ Lors du partage de la prestation de sortie opéré par suite d'un divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage qui sont acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques effectués jusqu'au moment du divorce correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2, applicable à la période considérée.

² Le taux de 4 % s'applique à la période antérieure au 1^{er} janvier 1985.

II

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

.....

Au nom du Conseil fédéral suisse :
La Présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss
Le Chancelier de la Confédération, François Couchepin

COMMENTAIRES de l'ordonnance sur le libre passage

1 Ad art. Taux de l'intérêt moratoire

Aux termes de l'art. 2, al. 1, LFLP, si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. Conformément à l'al. 3 de la même disposition, la prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance et elle est affectée d'intérêts moratoires à partir de ce moment. En vertu de l'art. 26, al. 2, LFLP, c'est le Conseil fédéral qui a la compétence de fixer le taux desdits intérêts et il l'a fait à l'art. 7 OLP. Ce taux est actuellement fixé à 5%.

Selon la nouvelle teneur de l'art. 7 OLP, le taux de l'intérêt moratoire est non plus d'un pour-cent mais d'un quart pour-cent plus élevé que le taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP. Ce dernier se montant actuellement à 4 pour-cent (art. 15, al. 2, LPP; art. 12 OPP 2), le taux de l'intérêt moratoire passe donc de 5 à 4 1/4 pour-cent. Cette réduction tient ainsi compte des situations où les assurés changent fréquemment d'institutions de prévoyance, dans certaines branches économiques et dans certaines professions et permet d'éviter de pénaliser les assurés par la multiplication des frais, lors de chaque nouveau versement. Par la même occasion, il incitera les institutions de prévoyance à garder plus longtemps les prestations de sortie avant leur transfert à l'institution supplétive, faute d'annonce de l'assuré.

2. Ad art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce (nouveau)

L'art. 22, al. 1, LFLP, dispose qu'en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées entre les époux. Aux termes de l'art. 22, al. 2, LFLP, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage *les intérêts* dus au moment du divorce.

Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints avec des biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres (art 198 CC) doivent être déduits, y compris *les intérêts*, de la prestation de sortie à partager (art. 22, al. 3, LFLP).

L'art. 26, al. 3, LFLP, délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer le taux des intérêts dont il est question ci-dessus. C'est la raison de la présente modification de l'OLP, laquelle consiste dans l'adjonction d'un art. 8a.

Les montants augmentés des intérêts découlant des art. 22 et 22a LFLP doivent être considérés en principe comme des fonds liés d'une institution de prévoyance ou d'une institution de libre passage. Ces fonds portent intérêt soit au taux technique pour les institutions sous forme d'assurance ou au taux d'intérêt pour les institutions d'épargne. C'est pourquoi, il semble approprié d'établir de manière correspondante le taux à fixer conformément à l'art. 22, LFLP. Il peut cependant en résulter des frais administratifs supplémentaires, voire d'éventuels litiges: on peut par exemple se demander à quel moment une institution a modifié son taux technique ou avant tout à quel moment une institution d'épargne a changé son taux d'intérêt.

Aujourd'hui d'une part, en vertu des art. 26, al. 2, LFLP et 8 OLP, le taux technique peut osciller entre 3,5 et 4,5 pour cent. D'autre part, depuis l'entrée en vigueur de la LPP, le taux d'intérêt minimal est toujours fixé à 4 pour cent. C'est la raison pour laquelle, selon l'al. 1, le taux d'intérêt au sens de l'art. 22, LFLP correspond au taux minimum fixé à l'art. 12 OPP 2. Ce procédé constitue pour le moins une simplification administrative en vue du calcul de la prestation de

sortie acquise durant le mariage. Par ailleurs, la règle veut que le taux d'intérêt qui est appliqué correspond à celui qui était en vigueur durant la période donnée.

Ainsi, par cette mesure, le taux d'intérêt LPP minimum fixé à partir de 1985 vaut également pour la période antérieure à cette date comme si l'on procédait en quelque sorte à une extrapolation définitive.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 45

EDITION SPECIALE

268 Avoirs oubliés des caisses de pension : Mise en vigueur et ordonnance d'application

Les dispositions relatives à la réglementation des avoirs oubliés entrent en vigueur le 1^{er} mai 1999. Nous vous informons par le biais de cette édition spéciale :

- des modifications de la loi sur le libre passage et de l'ordonnance sur le libre passage;
- du texte de la loi;
- du texte de l'ordonnance dans sa version non officielle;
- du commentaire.

Le Conseil fédéral vient de décider de l'entrée en vigueur, au 1^{er} mai 1999, de la loi sur le libre passage concernant la question des avoirs oubliés du 2^{ème} pilier. Par la même occasion, il a adopté les modifications y relatives dans l'ordonnance précitée, dont l'entrée en vigueur est également fixée au 1^{er} mai 1999. Vous trouverez ci-après, à titre d'information, un exemplaire des modifications législatives, ainsi que du texte de l'ordonnance, dans sa version non officielle, ainsi que le commentaire. Seul le texte publié dans le Recueil officiel des lois fédérales (RO) fait foi.

Depuis le 1^{er} mai, le fonds de garantie LPP fonctionne en tant que Centrale du 2^{ème} pilier, chargée de recueillir les informations relatives aux avoirs non réclamés existant auprès des institutions de prévoyance et de libre passage (fondations bancaires et institutions d'assurances).

Les demandes de renseignements devront dorénavant être adressées au fonds de garantie. L'OFAS transmettra au fonds de garantie les demandes pendantes auprès de lui dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales.

Quelles sont les changements importants pour les institutions de prévoyance?

Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent, conformément aux articles 24b alinéas 2 et 3 et 24c LFLP, annoncer à la Centrale du 2^{ème} pilier, les données relatives aux assurés avec lesquels elles n'ont plus de contacts. A cet effet, elles disposent d'un délai échéant au 31 décembre 1999 pour annoncer à la Centrale du 2^{ème} pilier, la première fois, tous les comptes dormants auprès d'elles. Par la suite, l'annonce se fait chaque année.

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP) Modification du

Le Conseil fédéral suisse arrête :

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage³² est modifiée comme suit :

Section 2a : Centrale du 2^e pilier (nouvelle)

Art. 19a Registre des avoirs oubliés

¹ La Centrale du 2^e pilier tient un registre central dans lequel figurent :

- a. les avoirs oubliés au sens de l'art. 24a LFLP³³;
- b. les comptes et polices de libre passage d'assurés avec lesquelles les institutions concernées ne peuvent plus établir de contact (art. 24b al. 2 LFLP);
- c. les données de tous les assurés au sens de l'art. 24b al. 3 LFLP.

² Le fonds de garantie est responsable de la tenue et de la gestion du registre. Il veille en particulier à l'observation des dispositions de la législation sur la protection des données et à la sécurité des données.

³ Le registre doit contenir les données suivantes :

- a. les noms, prénom, date de naissance et numéro AVS des personnes assurées;
- b. les noms des institutions de prévoyance ou des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage pour les assurés en question.

Art. 19b Consultation du registre

Le registre peut être consulté par :

- a. l'office fédéral des assurances sociales (OFAS);
- b. les autorités cantonales de surveillance

Art. 19c Obligation d'annoncer

¹ Les institutions de prévoyance ou les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage annoncent les assurés à la Centrale du 2^e pilier, dans la mesure où elles ne peuvent plus atteindre la personne concernée.

² Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage et qui renoncent au contact périodique, annoncent à la Centrale du 2^e pilier les données de tous les assurés, au moins une fois par année (art. 24b al. 3 LFLP).

Art. 19d Droit des assurés et des bénéficiaires

¹ La Centrale du 2^e pilier informe les assurés qui le demandent sur les institutions qui pourraient détenir des avoirs de prévoyance, des comptes ou des polices de libre passage.

² En cas de décès de l'assuré, la même obligation d'informer vaut à l'égard des bénéficiaires.

³² RS 831.425; RO ...

³³ RS 831.42; RO... (FF 1998 4988)

Art. 19^e Rapport

Le fonds de garantie présente, dans son rapport annuel, un commentaire relatif au fonctionnement de la Centrale du 2^e pilier, notamment s'agissant des demandes reçues ainsi que du nombre des cas traités et liquidés.

Art. 19f Financement

¹ Le fonds de garantie couvre les coûts engendrés par la Centrale du 2^e pilier; ceux-ci sont comptabilisés séparément, au sens de l'art. 16 de l'ordonnance sur le "fonds de garantie LPP" (OFG)³⁴.

Le fonds de garantie peut prélever, à la fin de l'année civile, une cotisation pour la couverture des coûts résultant de la transmission de cas auprès des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage.

Art. 23a Disposition transitoire relative à la modification de la LFLP³⁵ du 18 décembre 1998

¹ Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent avoir rempli leur obligation d'assurance au sens des art. 24a et 24b al. 2 et 3 LFLP, la première fois jusqu'au 31 décembre 1999.

² Les demandes des assurés et des bénéficiaires, pendantes auprès de l'Office fédéral des assurances sociales, au moment de l'entrée en vigueur de cette modification (art. 19 al. 3 et 4), sont transmises à la Centrale du 2^e pilier pour la poursuite de la procédure.

II

L'ordonnance du 22 juin 1998 sur le "fonds de garantie LPP" (OFG) est modifiée comme suit :

Art. 26a Garantie d'avoirs oubliés (nouveau)

Le fonds de garantie garantit le montant des avoirs oubliés laissés dans des institutions de prévoyance liquidées dans la mesure où l'assuré justifie l'existence de l'avoir, auprès de l'institution de prévoyance liquidée.

III

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} mai 1999.

Au nom du Conseil fédéral suisse :

La présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss
Le chancelier de la Confédération, François Couchepin

³⁴ RS 831.432.1

³⁵ RS 831.42; RO 1999.... (FF 1998 4988)

COMMENTAIRES de l'ordonnance sur le libre passage

I. Introduction

La présente ordonnance règle les questions de procédure applicables aux nouvelles dispositions de la loi sur le libre passage en ce qui concerne les avoirs oubliés des caisses de pensions. La procédure se déroule entre les caisses de pensions, les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage, la Centrale de compensation et la Centrale du 2^{ème} pilier.

La Centrale du 2^{ème} pilier recueille les données émanant des institutions régissant la prévoyance au sens large et communique avec la Centrale de compensation de l'AVS. Il ne lui appartient toutefois pas de s'assurer du versement effectif des fonds auprès des bénéficiaires.

Le fait qu'un organisme central stocke les données permettra aux assurés, de retrouver les éventuels avoirs oubliés.

Le texte de loi fait référence à des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage. Toutefois, dans le présent commentaire, on se référera au terme usuel d'institution de libre passage.

Bien que la loi prévoit que les questions techniques sont réglées par une ordonnance du DFI, la procédure de consultation a démontré que, au stade actuel, une telle ordonnance n'était pas indispensable. Le DFI examinera, cas échéant, si par la suite une telle ordonnance s'avérera utile.

II. Commentaires des articles

Ad article 19a Registre des avoirs oubliés

L'alinéa 1 institue le principe d'un registre central dans lequel sont inscrits les avoirs oubliés au sens de la loi, ainsi que les comptes ou polices mentionnés conformément à l'article 24b alinéas 2 et 3

LFLP. Ainsi, le registre sert de support des données reçues à la Centrale du 2^{ème} pilier. Toutes les données sont automatiquement enregistrées sur ce registre, qu'elles émanent de caisses de pensions ou d'institutions qui gèrent des comptes (fondations bancaires) ou des polices (fondations d'assurance) de libre passage. Il en va de même des données résultant de l'annonce globale des assurés, qui seront surtout le fait des institutions d'assurance.

L'alinéa 2 prévoit que le fonds de garantie, qui fonctionne comme organisme central du 2^{ème} pilier, tient ce registre, sous une forme qu'il décide lui-même. En principe, le registre sera tenu sous forme informatisée. Toutefois, le fonds de garantie doit appliquer les dispositions de la législation sur la protection des données et doit s'assurer que les données figurant sur le registre soient sauvegardées conformément à la loi sur la protection des données.

Les données mentionnées sur le registre sont celles qui permettent à la fois l'identification de l'assuré et la localisation de la fondation ayant un avoir, un compte ou une police en son nom, selon l'alinéa 3. Pour l'assuré, ses données personnelles, ainsi que son numéro AVS sont mentionnés. En outre, toutes les institutions qui ont un avoir sous une forme quelconque au nom de l'assuré sont inscrites dans le registre.

Ad article 19b Consultation du registre

Le principe qui prévaut est celui de la consultation restreinte aux autorités (OFAS, autorités cantonales de surveillance). Le registre n'a pas de caractère public. On a voulu ainsi garantir la protection des données personnelles et éviter une consultation généralisée du registre par des tiers. En revanche, les autorités de surveillance cantonales ainsi que l'OFAS qui sont souvent

sollicités par les ayants droit ou les institutions de la prévoyance ont la possibilité de consulter le registre.

Ad article 19c Obligation d'annoncer

L'alinéa 1 prévoit que les institutions de prévoyance ainsi que les institutions de libre passage annoncent les assurés à la Centrale du 2^{ème} pilier lorsqu'elles ne peuvent plus atteindre les personnes concernées. Peu importe la raison pour laquelle l'institution ne peut plus atteindre son assuré. Il suffit que ce dernier ne réponde plus aux courriers de l'institution ou que, de toute autre manière, l'institution a perdu sa trace, en raison d'un fait lié à l'assuré lui-même (déménagement, par exemple) ou d'un fait indépendant de la volonté de l'assuré (état de guerre, notamment).

L'alinéa 2 s'applique aux institutions de prévoyance et aux institutions de libre passage qui renoncent à établir un contact périodique avec les assurés. Ces institutions sont surtout des institutions gérant des polices de libre passage. Afin que la Centrale du 2^{ème} pilier soit en mesure de renseigner tout assuré qui le demande, la loi a prévu une procédure d'annonce périodique de l'état général des assurés. Cette annonce a lieu au minimum une fois par année. Ainsi, la Centrale du 2^{ème} pilier sera toujours en mesure d'actualiser les données.

Ad article 19d Droit des assurés et des bénéficiaires

L'article 19d précise les droits des bénéficiaires à recevoir l'information de la Centrale du 2^{ème} pilier sur les noms des institutions qui pourraient posséder des fonds de prévoyance ou de libre passage en leur faveur.

L'alinéa 1 prévoit que les assurés ne peuvent pas faire valoir un droit direct envers la Centrale du 2^{ème} pilier. Cette Centrale fonctionne uniquement comme un organisme de liaison et de ce fait n'a pas la compétence de verser ou de refuser une prestation. Son rôle, tel que défini par la loi, se borne uniquement à transmettre des informations permettant d'exercer un droit. En corollaire, elle n'a pas non plus la compétence d'émettre des décisions, ne pouvant être considérée comme autorité administrative. Les assurés insatisfaits avec la Centrale ne peuvent donc pas s'adresser à une autorité judiciaire, par voie de plainte, d'action ou de recours.

Le deuxième alinéa étend le droit des assurés aux bénéficiaires, en cas de décès des assurés. Par bénéficiaires, il y a lieu d'entendre les bénéficiaires usuels au sens de la loi sur le libre passage.

Ad art. 19^e Rapport

Cette disposition prévoit que le fonds de garantie, en sa qualité de Centrale du 2^{ème} pilier, fait mention, dans son rapport annuel, des travaux de la Centrale du 2^{ème} pilier. En particulier, il établira une statistique relative aux demandes reçues, ainsi qu'au nombre de cas traités et liquidés. Par cas liquidés, il y a lieu d'entendre les cas auxquels le fonds de garantie a apporté une réponse, qu'elle soit positive ou négative.

Ad article 19f Financement

L'alinéa 1 prévoit que les frais relatifs au fonctionnement de la Centrale du 2^{ème} pilier doivent être couverts par le fonds de garantie. Ces frais feront l'objet d'une comptabilisation séparée dans les comptes du fonds de garantie.

Toutefois, *l'alinéa 2* donne une possibilité au fonds de garantie de prélever une participation auprès des institutions de libre passage, pour la couverture des frais en question. En effet, ces institutions, contrairement aux institutions de prévoyance, ne paient pas de cotisation au fonds de garantie pour l'accomplissement de ses tâches. Il paraît donc équitable que le fonds de garantie puisse prélever une contribution annuelle pour les transmissions des cas. Le montant de la contribution sera fixé par le fonds de garantie, en fonction du volume de travail que cela représente pour lui et des frais effectifs y résultant.

Ad article 23a Disposition transitoire

L'alinéa 1 de cette disposition oblige les institutions de prévoyance ainsi que les institutions de libre passage ayant des comptes ou des polices de libre passage de les annoncer à la Centrale. En effet, l'annonce vaut également pour les comptes et polices ouverts avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi. Cette précision est nécessaire parce que les institutions de prévoyance n'ont l'obligation de transférer les avoirs à l'institution supplétive que depuis la modification de la loi sur le libre passage au 1^{er} janvier 1995, lorsque l'assuré sortant n'a pas indiqué un compte ou une police de libre passage auprès desquels l'institution de prévoyance doit effectuer le transfert. Les institutions disposent d'un délai expirant à la fin décembre 1999, pour leur permettre de prendre les dispositions administratives nécessaires.

L'alinéa 2 règle la transmission des dossiers entre l'OFAS et le fonds de garantie. Dès l'entrée en vigueur de la modification de la loi, c'est le fonds de garantie qui devient compétent pour régler la procédure et qui, de ce fait, reprendra tous les dossiers reçus par l'OFAS.

Ad article 26a Garantie des avoirs oubliés (nouveau)

Le Parlement a adopté une disposition visant à assurer, par le biais du fonds de garantie (qui agit non pas en tant qu'organisme de liaison, mais en qualité de fondation de prévoyance), que les avoirs oubliés d'institutions devenues insolvable soient versés aux ayants droit, au même titre que les autres prestations. Une intervention du fonds de garantie n'a lieu que lorsque l'assuré justifie l'existence des avoirs en question auprès de l'institution de prévoyance liquidée. Il sied en outre de préciser que les institutions dont il est question sont uniquement des institutions de prévoyance, les institutions de libre passage n'étant pas mentionnées dans le texte de loi.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 42

Prise de position de l'OFAS

248 Le délai de trois ans pour réclamer le paiement en capital en lieu et place de la rente de vieillesse

(art. 37, al. 3 LPP)

L'article 37 alinéa 3 LPP fixe un délai de 3 ans pour réclamer le paiement en capital, lorsqu'il s'agit d'une prestation de vieillesse et que le règlement le prévoit. Ce délai est destiné à empêcher les conséquences de l'antisélection dans une caisse de pensions (l'antisélection est, dans ce contexte, la détérioration de la structure des risques au détriment de la caisse de pension due au fait que les assurés optent pour le versement en capital des prestations de vieillesse avant leur exigibilité).

L'OFAS considère cette période de trois ans comme un délai raisonnable pour permettre à la caisse d'éviter ou de limiter les conséquences de l'antisélection. Une consultation de la Chambre suisse des actuaires-conseils et de l'Association suisse des actuaires a permis de constater que ce délai est actuariellement nécessaire. Cependant, le délai peut être raccourci sur la base de critères objectifs (possibilités financières de la caisse ; tous les destinataires sont traités de la même manière), si le règlement le prévoit et que l'expert l'estime possible.

Dès lors, au vu de ces circonstances, l'OFAS admet que les institutions de prévoyance ont la possibilité de s'en écarter dans leur règlement, pour autant que le risque d'antisélection n'ait pas d'effets pour la caisse en question et que cette manière de procéder soit jugée possible par l'expert de la caisse en question.

L'OFAS a constaté que cette règle est déjà appliquée par un certain nombre d'institutions de prévoyance et qu'elle ne pose pas de problèmes particuliers. De plus, en laissant aux caisses

de pension le soin de décider si elles ont besoin d'une mesure de ce genre, on gagne en transparence et on évite d'avoir une situation dans les faits qui ne correspond pas à la situation juridique.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 36

Indication

206 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Référence à l'arrêt du TFA dans la cause R.V., du 28 février 1996) (Art 13 et 27 al. 2 (ancien) LPP et 331 b al. 1 (ancien) CO)

Dans cette affaire, l'assuré R.V. est arrivé à l'âge de la retraite réglementaire et son employeur a mis fin, à cette occasion, aux rapports de travail. R.V., s'estimant encore en pleine forme, n'a pas voulu bénéficier d'une retraite anticipée, mais a voulu percevoir son avoir de vieillesse sous forme de prestation de libre passage payée en espèces, afin de financer la fondation de sa propre entreprise.

Invoquant l'arrêt 120 V 306, la caisse a refusé d'accéder à la demande de l'assuré. Le Tribunal cantonal lui a donné raison. L'assuré a porté l'affaire au Tribunal fédéral des assurances qui a confirmé sa jurisprudence antérieure. L'OFAS avait, à cette occasion, soulevé le point de savoir ce qu'il adviendrait si l'assuré était forcé à prendre une retraite anticipée pour des motifs de restructuration économique et qu'il avait trouvé un nouvel emploi; dans cette hypothèse, la prestation à lui verser ne devrait-elle pas être la prestation de libre passage ? Le TFA n'a pas statué sur cette question qui ne se posait pas dans le cas d'espèce.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 34

Indication

199 Transfert de la prestation de libre passage à l'institution supplétive

(art. 3, 4, 27 LFLP, art. 10 OLP)

1. Si une personne assurée quitte l'institution de prévoyance, celle-ci doit verser la prestation de sortie à la nouvelle institution, conformément à l'article 3 LFLP. Si cette personne n'entre pas directement dans une nouvelle institution de prévoyance, la prévoyance sera maintenue d'une autre manière. La personne assurée doit communiquer à l'institution de prévoyance sous quelle forme elle entend maintenir sa prévoyance: par la constitution d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage (art. 4, 1^{er} al., LFLP et art. 10 OLP). Si toutefois la personne assurée n'indique ni le nom de la nouvelle institution de prévoyance ni le nouvel employeur ou qu'elle n'exerce pas son droit d'option, l'institution de prévoyance verse au plus tard deux ans après l'échéance la prestation de sortie - y compris les intérêts moratoires - à l'institution supplétive (en ce qui concerne les intérêts moratoires, voir Bulletin no 31, ch. marg. 181, point 1).

Cette réglementation vise à éliminer les incertitudes concernant le traitement de l'avoir dit "non réclamé".

2. Qu'advient-il de cet avoir si la personne assurée est sortie d'une institution de prévoyance avant le 1^{er} janvier 1995 (soit avant l'entrée en vigueur de la LFLP) et que la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'ancienne institution de prévoyance ou déjà sur un compte de libre passage ? Ces fonds doivent-ils aussi être versés à l'institution supplétive ? Dans ces cas, l'ancien droit est encore applicable

(art. 27, 1^{er} al., LFLP, art. 1, 1^{er} al. et 2^e tit. fin. CC). Ces institutions ne sont donc pas tenues, ni juridiquement autorisées à verser les fonds en question à l'institution supplétive.

3. Qui doit veiller au respect du délai de deux ans pour le versement à l'institution supplétive?

En tant que débitrice de la prestation de libre passage, l'institution de prévoyance est responsable du versement de la prestation de sortie à l'institution supplétive dans le délai de deux ans. L'institution supplétive doit simplement recevoir la prestation de sortie et gérer un compte de libre passage établi au nom de la personne assurée.

En outre, l'organe de contrôle doit indiquer dans son rapport annuel si les conditions du versement à l'institution supplétive sont remplies et, le cas échéant, si ces fonds "non réclamés" ont été effectivement transférés à l'institution 'supplétive dans le délai légal.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 33

193 Circulaire no 22 de l'administration fédérale des contributions

L'administration fédérale des contributions a élaboré la circulaire no. 22 du 4 mai 1995 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ainsi que la circulaire no. 23 du 5 mai 1995 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

Ces deux circulaires concernent les retombées fiscales des deux nouvelles lois fédérales. Afin que les institutions de prévoyance et de libre passage soient renseignées dans les meilleurs délais, l'OFAS a décidé de les publier dans le bulletin LPP. Toutefois, le texte qui fait foi est la version éditée par l'administration fédérale des contributions.

Impôts fédéral direct
ADMINISTRATION FEDERALE
DES CONTRIBUTIONS Division principale
de l'impôt fédéral direct

Période fiscale 1995/96
Berne, le 4 mai 1995

Aux administrations
cantonales de l'impôt
fédéral direct

Circulaire no 22

Libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

I. Généralités

Le 1^{er} janvier 1995, la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité est entrée en vigueur (loi fédérale du 17.12.1993 sur le libre passage; LFLP RS 831.42). Le Conseil fédéral a également fixé l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP; RS 831.425) pour cette même date.

La présente circulaire a pour but de définir les répercussions de la loi et de l'ordonnance mentionnées ci-dessus dans le domaine fiscal.

II. Libre passage

1. But et contenu

La nouvelle loi sur le libre passage règle, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, les prétentions des assurés en cas de libre passage. Un cas de libre passage se réalise lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 2, 1^{er} al., LFLP), ce qui lui donne alors droit à une prestation de sortie. L'ordonnance sur la

LFLP règle, en particulier, le maintien de la prévoyance lorsque l'assuré quitte son ancienne institution de prévoyance, sans entrer immédiatement dans une nouvelle institution. Le maintien de la prévoyance est assuré par une police de libre passage ou par un compte de libre passage.

Quand l'institution de prévoyance prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, le cas de prévoyance ne débute pas lorsque l'âge limite réglementaire est atteint (par ex. 62 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes), mais dès le moment où l'assuré a dénoncé son rapport de travail, pour autant que la résiliation du contrat de travail intervienne à un âge donnant droit, conformément aux dispositions réglementaires, aux prestations de vieillesse. Ainsi, il est patent qu'une retraite anticipée réglementaire ne constitue pas un cas de libre passage et c'est pourquoi le capital vieillesse ne peut pas être réinvesti sous forme de libre passage. Cela est également valable lorsque, par la suite, l'assuré prend une nouvelle activité lucrative (cf. Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 29.12.1994, sera publié).

Depuis le 1^{er} janvier 1995, la règle veut qu'une prestation de sortie (prestation de libre passage) passe de l'ancienne caisse à l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Le transfert de la prestation de sortie sur une police de libre passage ou sur un compte de libre passage n'est licite que si l'assuré n'entre pas dans une nouvelle institution de prévoyance. Cela pourrait être le cas lorsque l'assuré n'a pas de nouvel employeur en Suisse, qu'il prend une activité lucrative indépendante, qu'il quitte définitivement la Suisse ou enfin lorsque le salaire soumis à l'AVS est inférieur au salaire minimum annuel de la LPP et n'est pas assuré. Si la nouvelle institution de prévoyance n'a pas besoin de la totalité de la prestation de sortie qui lui a été transférée pour le rachat de l'assuré dans son institution afin qu'il soit au bénéfice des prestations intégrales réglementaires, la différence en résultant peut également être placée dans une institution de libre passage.

Lorsque l'institution de prévoyance ou l'institution de libre passage verse la prestation de sortie en espèces, le maintien de la prévoyance n'est plus assuré. Par conséquent, la prestation effectuée en espèces ne peut plus, par la suite, être versée sur un compte de libre passage (nouveau ou déjà existant) ni sur une police de libre passage. Un remboursement du montant n'est, contrairement aux dispositions de l'article 24, lettre c, UFD, pas admis, sauf dans le cas où il y aurait une obligation de remboursement conformément à l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL).

2. Répercussions fiscales

2.1 Transfert de la prestation de sortie dans la nouvelle institution de prévoyance ou dans une institution de libre passage

Lorsque la prestation de sortie (prestation de libre passage) est transférée à l'institution de prévoyance d'un nouvel employeur, sur une police de libre passage ou sur un compte de libre passage, il s'agit là de mouvements neutres qui n'ont pas d'effet sur le plan fiscal. L'avoir de prévoyance reste lié, comme auparavant, au deuxième pilier et le preneur d'assurance se voit privé du droit d'en disposer, ce qui justifie le fait qu'on renonce à l'imposition.

2.2 Rachat d'années d'assurance en cas d'existence de polices et de comptes de libre passage

Lors du rachat dans une institution de prévoyance, on utilisera tout d'abord les prestations de sortie de la dernière institution de prévoyance ainsi que d'éventuelles polices ou comptes de libre passage. Cela signifie que les montants versés pour le rachat d'années d'assurance ne pourront être déduits du revenu imposable selon l'article 205 LIFD, par analogie à l'article 3, 1^{er} alinéa, LFLP, que dans la mesure où les moyens mis en œuvre pour ce rachat, y compris les polices et comptes de libre passage, ne permettent pas d'obtenir les prestations de prévoyance réglementaires maximales autorisées. A la demande des autorités fiscales, le contribuable doit donner des renseignements sur tous ses avoirs de prévoyance.

2.3 Paiement de l'avoir de prévoyance

Si le paiement de l'avoir de prévoyance est effectué, soit parce qu'un cas de prévoyance est réalisé (vieillesse, mort, invalidité), soit parce qu'il s'agit d'un cas de paiement en espèces (par ex. lors d'un départ de Suisse, lorsqu'un assuré commence à exercer une activité lucrative indépendante ou lors d'un retrait anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement), cet avoir sera imposé.

L'avoir de prévoyance ainsi versé sera soumis à un impôt annuel entier dans le cadre de l'imposition ordinaire selon l'article 38 LIFD ou alors, si le destinataire de l'avoir de prévoyance est domicilié à l'étranger (par ex. les frontaliers), il sera soumis à l'impôt à la source selon l'article 96 LIFD. L'impôt annuel est calculé sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes inscrits à l'article 36 LIFD (également dans les cantons appliquant la taxation annuelle) et il est fixé pour l'année fiscale au cours de laquelle la prestation en capital correspondante a été acquise (c'est-à-dire versée ou créditée) conformément à l'article 48 LIFD.

L'imposition à la source est effectuée selon les dispositions correspondantes de l'ordonnance sur l'imposition à la source dans le cadre de l'impôt fédéral direct (RS 642.118.2). Selon l'article 11 de cette ordonnance, nonobstant les règles du droit international, les prestations de prévoyance sont toujours soumises à l'impôt à la source; ce dernier peut toutefois être remboursé lorsque certaines conditions sont remplies (par ex. lorsque le bénéficiaire de la prestation en capital présente une attestation de l'autorité fiscale compétente de l'autre Etat contractant, certifiant qu'elle a connaissance du versement de ce capital). Les taux applicables en matière d'impôt à la source sont fixés à l'article 3 de l'appendice à l'ordonnance sur l'imposition à la source et sont intégrés dans les barèmes cantonaux d'impôt à la source. Les dispositions de l'article 204 LIFD s'appliquent aussi bien dans le cadre de la taxation ordinaire que dans celui de l'imposition à la source. En conséquence, les rentes et les prestations en capital qui commencent à courir ou deviennent exigibles avant le 31 décembre 2001 et qui reposent sur un rapport de prévoyance existant avant 1987, ne sont, en règle générale, imposables qu'à raison de 80 pour cent (abattement déjà pris en considération dans les barèmes de l'impôt à la source).

Il faut toutefois observer qu'un prélèvement par "tranches" n'a pas d'incidence sur le plan fiscal. En effet, lorsqu'un tel cas de prévoyance survient ou que les conditions pour un paiement en espèces sont réalisées (avec demande de paiement en espèces), l'imposition se fera de toute façon sur l'ensemble de l'avoir de prévoyance (sauf lors d'un retrait anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, où seule la somme versée est imposée).

III. Renseignements

Les questions se rapportant aux répercussions fiscales de la LFLP peuvent être adressées à l'Administration fédérale des contributions, section d'information, Eigerstrasse 65, 3003 Berne.

Le chef de la division principale
Samuel Tanner

Indication

186 Questions sur le libre passage

- 1. Est-ce que l'institution de prévoyance peut fonctionner comme institution de libre passage ? Sinon que doit-elle faire et qu'en est-il des comptes de libre passage "en suspens" chez elle. Peut-elle verser le montant d'une prestation de sortie non réclamée par l'assuré auprès d'une institution de libre passage de son choix ?**

L'institution de prévoyance ne peut pas fonctionner comme institution de libre passage. En particulier, elle ne peut pas garder ainsi des comptes de libre passage. Elle ne peut pas non plus les verser à une institution de libre passage de son choix, mais seulement sur indication de l'assuré, au choix de ce dernier. Si l'assuré ne se détermine pas: elle doit effectuer le transfert auprès de l'institution supplétive.

- 2. Les contributions supplémentaires perçues auprès des assurés et des employeurs au titre de contributions de solidarité pour l'amélioration des pensions des assurés âgés doivent-elles être remboursées au titre de versement minimum au sens de l'art. 17 ?**

Toutes les contributions payées par l'assuré doivent lui être remboursées; dès lors les cotisations de solidarité doivent l'être aussi et la caisse qui entend maintenir des contributions sous cette forme doit en trouver un nouveau mode de financement (contributions par l'employeur seul ou par le biais des fonds libres).

- 3. Les caisses non enregistrées sont-elles tenues de respecter les lois sur le libre passage et l'encouragement au logement, même s'il s'agit de fondations essentiellement patronales ou internationales de prévoyance ?**

La loi sur le libre passage s'applique à tous les rapports de prévoyance fondés sur un règlement d'institutions de prévoyance de droit public ou privé qui accordent des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Dès lors, même les caisses non enregistrées et les fondations patronales prévoyant de telles prestations sont soumises à la LFLP (art. 1, al. 2, LFLP).

Il se pose la question de savoir si une fondation patronale est tenue d'appliquer la LFEL, et si oui, sur quelle base. Par exemple: une fondation purement patronale (financée uniquement par l'employeur) qui octroie, sur la base d'un règlement, uniquement des prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité (en dehors de la LPP) aux salariés de l'entreprise qui comptent au moins dix ans de travail au sein de l'entreprise et qui ont atteint un certain âge, à l'exclusion de toute autre prestation. Cette fondation doit-elle verser une prestation de libre passage en cas de sortie avant la réalisation du cas de prévoyance et aux conditions de la LFLP et donne-t-elle à l'assuré un droit au prélèvement anticipé pour son logement ?

Pour ce qui est du libre passage, et vu le texte clair de l'article 1^{er} de la LFLP, la réponse est oui. Il en est de même pour ce qui est du logement, en vertu de l'article 30a, LFEPL, respectivement de l'article premier de la LFLP et au vu de la jurisprudence du TFA (117 V 214 - cf Bulletin de la prévoyance professionnelle no 23, ch. 143).

En revanche, s'il s'agit d'une institution qui octroie des prestations à titre purement bénévole sans qu'il n'en découle un droit, même conditionnel, pour les assurés, la réponse est non.

- 4. Droit transitoire: si le congé est donné en 1994 et que l'assuré reprend un emploi en 1995, quel droit s'appliquera ?**

R. : Pour la sortie de l'institution de prévoyance, il y a lieu d'appliquer la LPP et le CO, ainsi que les règlements de l'institution de prévoyance sur la base du droit en vigueur en 1994. En

revanche, s'agissant de l'entrée en 1995 dans la nouvelle institution de prévoyance, on appliquera les dispositions de la LFLP. Ainsi, dans cet ordre d'idées, l'assuré qui quitte une institution à fin décembre 1994 et qui entre dans la nouvelle au début janvier 1995 ne peut plus décider de ne transférer qu'une partie de la prestation de libre passage à la nouvelle institution et mettre l'autre partie sur un compte bloqué. Il y a lieu toutefois de réserver l'article 13 LFLP.

5. En cas de divorce commencé sous l'empire de l'ancien droit et qui se poursuit sous celui du nouveau droit, notamment quant aux effets matrimoniaux, quel droit appliquer?

On peut répondre à cette question comme pour la précédente. Seulement, elle soulève quelques difficultés, notamment s'agissant de l'état de la procédure. On pourrait estimer que, si on se trouve encore au stade de la 1^{ère} instance, on appliquerait l'ancien droit, pour éviter de recommencer à nouveau les actes de procédure déroulés compte tenu de l'ancien droit (par exemple: conventions). Par contre, si on passe à l'instance supérieure, sur recours, on peut revoir le tout et appliquer le nouveau droit.

La question est toutefois plus délicate qu'elle n'y paraît. Si par exemple, les époux ont obtenu un jugement de séparation sous l'empire de l'ancien droit, avec liquidation du régime matrimonial et des effets patrimoniaux du mariage, mais qu'ils obtiennent un divorce dès 1995, pourra-t-on revoir les décisions prises auparavant? N'y a-t-il pas de risques d'abus de droit? De même en instance supérieure, si les époux ont introduit un recours sous l'empire de l'ancien droit et que le jugement a lieu sous le nouveau droit, qu'en est-il? En particulier si les époux ne contestent pas les effets pécuniaires mais que le recours porte sur une seule question (par ex: garde des enfants, etc.). En principe, il sied de laisser au juge le soin de décider du droit applicable.

Jurisprudence

191 L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

(Référence à un arrêt du TFA, du 29.12.1994, en la cause M. B.) (Art. 13 al. 1 et 2, art. 27 al. 2 LPP, art. 331b al. 1 CO)

Lorsque l'assuré quitte son emploi à un moment où sa caisse de pension prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il n'a droit qu'aux prestations de vieillesse. Même s'il a l'intention de transférer définitivement son domicile à l'étranger, il n'a pas le choix entre la rente et le versement en espèces. Cette jurisprudence du TFA ne permet pas à l'assuré de choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage, et ceci indépendamment du fait que la personne concernée a réellement l'intention de prendre sa retraite, qu'elle souhaite éventuellement exercer une autre activité lucrative ou qu'elle quitte définitivement la Suisse.

Le TFA motive sa décision de la manière suivante:

Pour les institutions de prévoyance qui envisagent la possibilité d'une retraite anticipée, il faut entendre par survenance du cas d'assurance aux termes de l'art. 27 al. 2 LPP (valable jusqu'au 31.12.1994) non pas le moment où la limite d'âge légale de 65/62 ans est atteinte conformément à l'art. 13 al. 1 LPP, mais le moment où l'assuré atteint la limite d'âge réglementaire pour la retraite anticipée. Par conséquent, il n'existe plus de droit à la prestation de libre passage, subsidiaire par rapport aux prestations de vieillesse, lorsque le contrat de travail est résilié à un âge où le droit aux prestations de vieillesse prend déjà naissance, ne serait-ce qu'au sens d'une retraite anticipée. Cette disposition est applicable non seulement dans le domaine de la LPP, mais aussi dans la prévoyance étendue.

Dans le domaine obligatoire, les caisses de pension peuvent prévoir, conformément à l'art. 13 al. 2 LPP, des dispositions réglementaires selon lesquelles le droit aux prestations de vieillesse prend naissance au moment où se termine l'activité lucrative. Ce moment concerne, suivant cette disposition de la loi, l'activité lucrative concrète aux termes du contrat de travail conclu avec

l'employeur, et non pas toute autre activité lucrative future. Pour cette raison, n'est pas déterminant le fait que l'assuré prend effectivement sa retraite, qu'il continue d'exercer une activité lucrative ou qu'il quitte définitivement la Suisse, après que le rapport de travail a pris fin.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 30

Edition spéciale (extrait)

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Dans sa séance du 3 octobre 1993, le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 1995 la mise en vigueur de la Loi fédérale, sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et de la Loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle ainsi que des ordonnances qui s'y rapportent, adoptées lors de cette séance. L'expérience montre qu'il faut un certain temps jusqu'à ce que les actes législatifs soient publiés dans le Recueil officiel des lois fédérales (RO). Comme les institutions de prévoyance ont besoin de connaître le plus rapidement possible le contenu de ces deux ordonnances, nous avons décidé de les publier dans une édition spéciale en version non-officielle avec les commentaires correspondants. Nous attirons votre attention sur le fait que seul le texte publié dans le Recueil officiel des lois fédérales fera foi.

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

du 3 octobre 1994

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'article 26 de la loi fédérale du 17 décembre 1993³⁶ sur le libre passage (LFLP);

vu l'article 99 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance³⁷ (LCA), arrête:

Section 1 : Cas de libre passage

Article premier Obligation d'informer

¹ L'employeur doit communiquer immédiatement à l'institution de prévoyance l'adresse, ou, à défaut de celle-ci, le numéro AVS de l'assuré dont les rapports de travail ont été résiliés ou dont le **degré** de l'activité lucrative a été modifié. Il lui indiquera également si la résiliation des rapports de travail ou la modification du degré de l'activité lucrative résulte d'une atteinte à la santé.

² Lorsqu'il quitte une institution de prévoyance, l'assuré lui indique à quelle nouvelle institution de prévoyance ou à quelle institution de libre passage elle doit transférer la prestation de sortie.

³ L'employeur doit communiquer à l'institution de prévoyance le nom des assurés qui se sont mariés.

Art. 2 Obligation de constater et de communiquer

¹ L'institution de prévoyance doit déterminer pour l'assuré qui a atteint l'âge de 50 ans après le 1^{er} janvier 1995 ou qui se marie après cette date, la prestation de sortie à laquelle il a droit à ce moment-là.

² Elle doit, en outre, déterminer pour chaque assuré:

- a) le montant de la première prestation de sortie communiqué après le 1^{er} janvier 1995, conformément à l'article 24 LFLP, et la date à laquelle il a été communiqué; ou
- b) le montant de la première prestation de sortie, échue après le 1^{er} janvier 1995, mais avant la première communication selon l'article 24 LFLP, ainsi que la date de son échéance.

³ Lors d'un cas de libre passage, l'institution de prévoyance transmet à la nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage les informations mentionnées aux alinéas 1 et 2.

Art. 3 Communication de données médicales

Seul le service médical de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente est autorisé à communiquer au service médical de la nouvelle institution de prévoyance les données médicales d'un assuré. Le consentement de l'assuré est nécessaire.

Art. 4 Restitution de la prestation de sortie

Si la nouvelle institution de prévoyance doit restituer des prestations de sortie à l'ancienne, conformément à l'article 3, 2^e alinéa, LFLP, les éventuelles réductions des prestations pour cause de surindemnisation ne doivent pas être prises en considération pour le calcul de la valeur actuelle de la prestation. Celle-ci est calculée sur la base des données techniques d'assurance de l'ancienne institution.

Art. 5 Calcul de la prestation de sortie

L'institution de prévoyance est tenue de fixer dans son règlement si elle calcule le montant de la prestation de sortie selon le système de la primauté des cotisations au sens de l'article 15 LFLP ou selon celui de la primauté des prestations au sens de l'article 16 LFLP.

³⁶ RS....., RO (FF 1993 IV 578)

³⁷ RS 221.229.1

Art. 6 Calcul du montant minimal

¹ Les cotisations et les prestations d'entrée de l'assuré servent à calculer le montant minimal selon l'article 17 LFLP. Si, durant un certain temps, seules des cotisations de risque ont été payées, celles-ci n'entrent pas en considération.

² Le taux d'intérêt selon l'article 17, alinéas 1 et 4, LFLP correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP.

³ La part des prestations d'entrée apportées qui a servi au financement des prestations selon l'article 17, 2^e alinéa, lettre a, LFLP, ne doit pas être prise en considération pour calculer la prestation minimale.

⁴ Les cotisations destinées à financer les rentes transitoires de l'AVS peuvent être déduites en vertu de l'article 17, 2^e alinéa, lettre c, LFLP lorsque l'octroi des rentes en question débute au plus tôt cinq ans avant que les personnes assurées n'atteignent l'âge ordinaire de la retraite au sens de l'AVS. Si des motifs suffisants le justifient, ce délai peut être porté à dix ans au maximum.

⁵ La majoration prévue à l'article 17, 1^{er} alinéa; LFLP, est, à 21 ans; de quatre pour cent et elle augmente de quatre pour cent par an.

Art 7 Taux de l'intérêt moratoire

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté d'un pour cent.

Art. 8 Taux d'intérêt technique

La marge du taux d'intérêt technique oscille entre 3,5 et 4,5 pour cent.

Art. 9 Liquidation partielle

Pour calculer les fonds libres au sens de l'article 23, 2^e alinéa, LFLP, l'institution de prévoyance doit se fonder sur un bilan commercial et technique, lequel fera ressortir de manière claire la situation financière réelle à ce moment-là.

Section 2 : Maintien de la prévoyance

Art. 10 Formes

¹ La prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage.

² 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 et qui ont été conclues :

- a. auprès d'une institution d'assurance soumise à la surveillance ordinaire des assurances ou auprès d'un groupe réunissant de telles institutions d'assurance, ou
- b. auprès d'une institution d'assurance de droit public au sens de l'article 67, 1^{er} alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982³⁸ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

³ Par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'article 19. Ces contrats peuvent être complétés par une assurance décès ou invalidité.

Art. 11 Réserves pour raisons de santé

¹ Les articles 14 LFLP et 331c du code des obligations (CO)³⁹ sont applicables par analogie aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires visées à l'article 10, 3^e alinéa, 2^e phrase.

Art. 12 Transmission

¹ La prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum.

³⁸ RS 831.40

³⁹ RS 220

² Les assurés qui entrent dans une nouvelle institution de prévoyance au cours de l'année qui suit leur sortie de l'ancienne doivent en informer l'institution de libre passage.

³ L'institution de libre passage est tenue de transférer le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée.

⁴ L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance.

Art. 13 Étendue et forme des prestations

¹ L'étendue des prestations en cas de vieillesse, de décès ou d'invalidité ressort du contrat ou du règlement.

² Les prestations sont versées conformément au contrat ou au règlement sous la forme d'une rente ou d'un capital. Le paiement en espèces (art. 5 LFLP) ainsi que le prêt anticipé (art. 30c LPP et art. 331e CO) sont également considérés comme des prestations.

³ Les rentes de survivants et d'invalidité doivent être adaptées à l'évolution des prix conformément à l'article 36, 1er alinéa, LPP, dans les limites de la prévoyance minimale légale. Celle-ci est déterminée par l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré en vertu de la LPP en cas de libre passage.

⁴ Le montant du capital de prévoyance correspond:

- a. pour la police de libre passage, à la réserve mathématique;
- b. pour le compte de libre passage, à la prestation de libre passage apportée par l'assuré, augmentée des intérêts; les frais résultant de la couverture des risques de même que les frais administratifs, peuvent être déduits si cela a été conclu.

Art. 14 Paiement en espèces

L'article 5 LFLP s'applique par analogie au paiement en espèces.

Art. 15 Bénéficiaires

¹ Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires s'agissant du maintien de la prévoyance:

- a. en cas de survie, les assurés;
- b. en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
 1. les survivants au sens de la LPP, ainsi que le veuf;
 2. les personnes physiques à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle;
 3. les autres héritiers légaux, à l'exclusion des collectivités publiques.

² L'assuré peut préciser dans le contrat les droits de chacun des bénéficiaires et inclure dans le cercle des personnes défini au 1er alinéa, lettre b, chiffre 1, celles qui sont mentionnées au chiffre 2.

Art. 16 Paiement des prestations de vieillesse

¹ Les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS, au plus tard cinq ans après qu'il l'a atteint.

² Si l'assuré perçoit une rente d'invalidité de l'assurance invalidité fédérale et si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire au sens de l'article 10, alinéa 2 et alinéa 3, 2e phrase, la prestation de vieillesse peut lui être versée plus tôt.

Art. 17 Cession et mise en gage

Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent être ni cédés ni mis en gage. L'article 22 LFLP et les articles 30b LPP et 331 d CO sont réservés.

Art. 18 Financement

¹ Les prestations sont financées au moyen de la prestation de libre passage apportée.

² Les frais résultant de la couverture supplémentaire des risques de décès et d'invalidité peuvent être prélevés sur le capital de prévoyance ou couverts par des cotisations supplémentaires.

Art. 19 Disposition en matière de placement pour les fondations de libre passage

¹ L'article 71, 1er alinéa, LPP, et les articles 49 à 60 de l'ordonnance du 18 avril 1984⁴⁰ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) s'appliquent au placement

des fonds provenant des fondations de libre passage. Ces fonds ne peuvent être placés qu'auprès ou par l'intermédiaire d'une banque régie par la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.

² Les placements effectués par une fondation en son nom auprès d'une banque sont considérés comme des dépôts d'épargne de chacun des assurés, au sens de la loi sur les banques.

Section 3 : Dispositions finales

Art. 20 Analyse des conséquences

L'Office fédéral des assurances sociales procède, de concert avec les experts, à une analyse des conséquences du libre passage sur les assurés, les institutions de prévoyance et sur les institutions de libre passage.

Art 21 Abrogation du droit en vigueur

L'ordonnance du 12 novembre 1986⁴¹ sur le maintien de la prévoyance et le libre passage est abrogée.

Art. 22 Modification du droit en vigueur

¹ L'ordonnance du 18 avril 1984⁴² sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(OPP2) est modifiée comme suit:

Art. 11, 3e al., let a

³ *Si un événement assuré se réalise ou si l'assuré quitte l'institution de prévoyance en cours d'année, le compte de vieillesse sera crédité:*

a. de l'intérêt prévu au 2e alinéa, lettre a, calculé progressivement jusqu'à la survenance d'un cas d'assurance ou d'un cas de libre passage au sens de l'article 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1993⁴³ sur le libre passage.

² L'ordonnance du 13 novembre 1985⁴⁴ sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3) est modifiée comme suit :

Art. 3, 2e al., let. d

² *Le versement anticipé des prestations de vieillesse est possible lorsque le rapport de prévoyance est résilié pour l'une des raisons suivantes:*

l'institution de prévoyance est tenue, conformément à l'article 5 de la loi fédérale du 17 décembre 1993⁴⁵ sur le libre passage de s'acquitter de son obligation par un versement en espèces.

Art. 23 Disposition transitoire

Les banques cantonales qui gèrent des comptes de libre passage en dehors d'une fondation de libre passage doivent transférer ces comptes dans une fondation, au plus tard une année après l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Art. 24 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

3 octobre 1994

Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération: Stich

Le chancelier de la Confédération: Couchepin

⁴⁰ RS 831.441.1

⁴¹ RSRO 1986 2008

⁴² RS 831.441.1

⁴³ RS.... ; RO....

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Commentaire

I Généralités

L'ordonnance contient, dans une première section, des dispositions réglant le cas de libre passage plus en détail. Le cas de libre passage survient lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance; dans un tel cas, l'assuré a droit à une prestation de sortie (art. 2, 1^{er} alinéa LFLP). Il s'agit ici de pures prescriptions d'exécution au sens de l'article 26, 1^{er} alinéa, première partie de la première phrase LFLP.

La deuxième section de l'ordonnance règle le maintien de la prévoyance lorsque la personne assurée quitte son actuelle institution de prévoyance sans entrer immédiatement dans une nouvelle institution. La loi ne comporte pas de dispositions relatives aux formes du maintien de la prévoyance; en lieu en place, elle délègue dans une large mesure au Conseil fédéral la compétence matérielle de réglementer cet important domaine de la prévoyance professionnelle (art. 26, 1^{er} al., deuxième partie de la première phrase LFLP).

Vu que le libre passage, avec cette nouvelle loi, est réglé de manière fondamentalement nouvelle, il ne serait pas approprié de procéder à une simple adaptation de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (RS 831.425; ci-après abrégée: ordonnance actuelle sur le libre passage) actuellement en vigueur déjà en raison du seul fait que son volume n'est pas adapté à la teneur de la nouvelle loi. Elle sera donc remplacée par la présente ordonnance. On a, à cet égard, veillé à garantir le plus possible la continuité dans la pratique.

II Commentaire relatif aux différentes dispositions de l'ordonnance

Section 1: Cas de libre passage

Les dispositions, concernant le cas de libre passage sont nouvelles par rapport à l'actuelle ordonnance sur le libre passage, à l'exception de l'article 13.

Article 1

Cette disposition vise à ce que l'institution de prévoyance reçoive les informations qui lui sont nécessaires pour traiter le cas de prévoyance sans difficulté. Elle reprend dans les grandes lignes la réglementation analogue figurant à l'article 13, alinéas 1 et 4 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage (le 2^e alinéa a déjà pu être intégré dans l'article 4, 1^{er} alinéa LFLP; le 3^e alinéa l'a été dans l'article 8, 3^e alinéa LFLP).

Le premier alinéa oblige l'employeur ou l'employeuse à annoncer sans retard à l'institution de prévoyance les assurés dont le contrat de travail a été résilié ou dont l'activité lucrative a été modifiée. L'institution de prévoyance devra également savoir si l'assuré concerné présente à ce moment-là une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident. Cette information est importante pour l'institution dans la mesure où l'incapacité de travail peut éventuellement conduire plus tard à l'invalidité ou au décès et que l'institution de prévoyance devra alors verser des prestations d'invalidité ou des prestations pour survivants même si l'assuré n'est plus affilié à cette institution (art. 18 et 23 LPP).

⁴⁴ RS 831.461.3

⁴⁵ RS....

En vertu de l'alinéa 2, les assurés doivent communiquer l'adresse de la nouvelle institution de prévoyance ou, le cas échéant, de l'institution de libre passage (voir commentaire relatif à l'article 10 en ce qui concerne la notion d'institution de libre passage) à l'actuelle institution de prévoyance afin que celle-ci sache où verser la prestation de sortie. Si l'assuré omet de fournir ces informations, les dispositions de l'article 4, 2^e alinéa de la loi sur le libre passage s'appliquent: la prestation de sortie est transférée auprès de l'institution supplétive qui fait ici office d'institution de libre passage.

L'alinéa 3 ne se réfère pas en premier lieu au cas de libre passage. L'institution de prévoyance doit connaître la date du mariage afin qu'elle puisse déterminer la prestation de sortie à ce moment-là (cf. art. 2).

Article 2

Cette disposition oblige les institutions de prévoyance à déterminer certaines données de référence nécessaires lorsque la personne assurée quitte l'institution et à les transmettre à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage.

Selon le premier alinéa, font partie de ces données, d'une part, la prestation de sortie au moment de la conclusion d'un mariage pour le calcul de la prestation de sortie en cas de divorce (art. 22) et, d'autre part, la prestation de sortie lorsque la personne assurée atteint 50 ans pour définir le versement anticipé auquel celle-ci a droit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art.30c, art. 331e CO).

Comme cette obligation de constater n'existait pas jusqu'à présent en raison du fait qu'elle n'avait pas d'importance, on doit en revanche se demander maintenant comment procéder dans les cas pour lesquels ces données de référence se situent dans le passé, autrement dit avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le libre passage. Il va de soi que l'on ne peut plus déterminer ces données avec précision ou que l'on ne peut parfois même plus du tout les déterminer. C'est la raison pour laquelle on se fondera, en vertu de l'alinéa 2, sur les prestations de sortie communiquées après le 1^{er} janvier 1995; sur la base de ces dernières, il est ensuite possible de calculer approximativement, selon des principes actuariels, la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage ainsi que la prestation de sortie au moment où la personne assurée a atteint 50 ans. Cette réglementation ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les institutions de prévoyance, mais également pour les institutions de libre passage.

Article 3

La disposition tient compte de la protection des données et de la personnalité en stipulant que les données médicales ne peuvent être communiquées que par les services médicaux d'une institution de prévoyance et uniquement à l'adresse des services médicaux de l'autre institution de prévoyance: Par "services médicaux confidentiels" on peut tout à fait aussi entendre un "service composé d'une seule personne".

Article 4

Si l'ancienne institution de prévoyance doit verser des prestations pour survivants et des prestations d'invalidité après qu'elle ait déjà transféré la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance, cette dernière prestation doit lui être restituée en vertu de l'article 3, alinéa 2 dans la mesure où elle en a besoin. Ce montant correspond à la valeur actuelle de la prestation due calculée sur la base des données techniques de l'institution prestataire. Pour des raisons de simplification de procédure, les réductions de prestations pour cause de surindemnisation ne doivent pas entrer en ligne de compte.

Article 5

Les types d'institution de prévoyance étant extrêmement variés, l'institution de prévoyance doit fixer dans son règlement quelle méthode elle utilise pour calculer la prestation de libre passage; cette mesure vise une meilleure transparence.

Article 6

Le premier alinéa autorise à ne pas prendre en compte les cotisations qui ont été versées pendant un certain temps exclusivement pour financer des prestations de risque. L'intérêt mentionné dans l'article 17, alinéas 1 et 4 LFLP doit correspondre, selon le 2e alinéa, au taux d'intérêt minimal de la LPP. Ce dernier est actuellement de 4 pour cent (art. 12 OPP 2).

Les sommes déductibles selon l'article 17, 2^e alinéa LFLP servant à la couverture des prestations peuvent être financées aussi bien par des cotisations périodiques que par des prestations d'entrée apportées. Si ces sommes sont financées par des prestations d'entrée apportées, l'alinéa 3 précise que dans ce cas, elles ne peuvent être déduites lors du calcul de la prestation minimale.

La prise en considération des cotisations destinées à financer des rentes transitoires jusqu'à la rente AVS ordinaire est, en vertu de l'alinéa 4, liée à un délai. Cette clause est prévue afin d'empêcher l'octroi de rentes transitoires en l'absence de motifs objectifs au sens de la prévoyance professionnelle. Ces cotisations peuvent être prises en considération lorsque l'octroi des rentes en question débute au plus tôt cinq ans avant le début de la rente AVS ordinaire. Dans des cas particuliers, autrement dit lorsque que l'on a affaire à des personnes assurées exerçant une profession particulièrement nuisible à la santé, l'octroi de cette rente transitoire peut commencer, si les motifs avancés sont justifiés, dix ans avant l'âge ordinaire de la retraite AVS.

L'alinéa 5 précise, sur le modèle du libellé plus clair en français de l'article 17, 1^{er} alinéa LFLP, que la majoration de 4 pour cent est accordée pour la première fois lorsque la personne assurée a 20 ans révolus, donc lorsque celle-ci entame sa 21^e année.

Article 7

Le taux de l'intérêt moratoire est actuellement de 5 pour cent (autrement dit 4% + 1%). Il sera adapté en fonction d'une éventuelle modification du taux d'intérêt minimal selon l'article 12 OPP 2.

Article 8

La marge du taux d'intérêt technique oscillant entre 3,5 et 4,5% correspond au segment des taux d'intérêt appliqués déjà aujourd'hui par la plupart des institutions à primauté de prestations. A cet égard, il convient de rappeler, notamment à l'adresse des institutions pratiquant des taux d'intérêt technique plus élevés, le délai d'adaptation prévu à l'article 27 de la loi sur le libre passage.

Article 9

Le bilan commercial et technique dont il est fait mention doit comporter des explications telles que l'autorité de surveillance puisse connaître clairement la situation financière réelle de l'institution concernée et prendre les décisions nécessaires.

Section 2: Maintien de la prévoyance

La réglementation concernant le maintien de la prévoyance est reprise dans une large mesure de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, mais elle a été adaptée aux exigences de la LFLP. Cela permet de garantir une continuité par rapport à la pratique actuelle.

Article 10

Les formes de maintien de la prévoyance sont énumérées de manière exhaustive dans le premier alinéa. Elles sont au nombre de deux: le compte de libre passage et la police de libre passage. Ces formes ont déjà cours actuellement et sont définies dans les alinéas suivants. La poursuite de l'assurance auprès de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente après la résiliation du contrat de travail (art. 2, 1er alinéa de l'actuelle ordonnance de libre passage) ne constitue plus, en vertu de l'article 2 LFLP, un cas de libre passage et ne compte donc plus au nombre des formes reconnues de maintien de la prévoyance au sens de la LFLP (Message LFLP, FF 1992 III p. 572). Le maintien de l'assurance auprès de l'institution supplétive est déjà réglé dans l'article 47 LPP.

Les alinéas 2 et 3 définissent les polices de libre passage et les comptes de libre passage, et déterminent les institutions qui les gèrent. Par rapport à la disposition actuelle, de telles institutions sont maintenant qualifiées dans leur ensemble d'institutions de libre passage" selon l'article 4, alinéa 3 LFLP. On a ainsi procédé, par le biais du terme utilisé, à une délimitation claire entre ces institutions et les institutions de prévoyance au sens de l'article 48 ss. LPP. Ainsi, une institution de prévoyance ne peut par exemple plus agir parallèlement en qualité d'institution de libre passage. Quant aux institutions de libre passage, elles ne peuvent plus recevoir des capitaux autres que des prestations de sortie versées par des institutions de prévoyance.

Dans l'alinéa 2, la police de libre passage est définie comme dans l'actuelle ordonnance sur le libre passage (art. 2, al. 2): il s'agit d'une assurance qui comporte une assurance de base en cas de vieillesse, décès et invalidité, à laquelle vient s'ajouter une assurance complémentaire - facultative pour l'assuré - pour couvrir les risques de décès et d'invalidité. Ces polices de libre passage peuvent être conclues auprès d'une institution d'assurance privée ou relevant du droit public ou d'un groupe réunissant de telles institutions d'assurance (pool). En revanche, les fondations communes instituées par les partenaires sociaux (art. 2, al. 2, let. a de l'actuelle ordonnance de libre passage) ne figureront plus au nombre de ces institutions, car elles sont en train de disparaître.

Le compte de libre passage défini dans l'alinéa 3 est axé sur l'épargne, comme c'est d'ailleurs aussi le cas dans la réglementation actuelle (art. 2, al. 3 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage); il peut être complété par une assurance-risques facultative. Les comptes de libre passage ne peuvent être proposés que par des institutions spécialement affectées à ce but, telles les fondations de libre passage des banques. En conséquence, la gestion d'un compte de libre passage par une institution de prévoyance n'est pas autorisée, même si celle-ci est organisée sous la forme d'une fondation. L'élément nouveau par rapport à l'actuelle ordonnance de libre passage est que les banques cantonales qui veulent gérer des comptes de libre passage doivent désormais créer des fondations ou s'affilier à une autre fondation. Un délai de carence d'une année leur est accordé pour ce faire (art. 23).

Article 11

Les dispositions concernant les réserves pour raisons de santé mentionnées dans l'article 14 LFLP ainsi que dans l'article 331c CO visent en premier à assurer un passage en douceur d'une institution de prévoyance à une autre. Par la disposition de la présente ordonnance, elles sont applicables également aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires dans les comptes de libre passage.

Article 12

Cette disposition renforce, aux alinéas 1 à 3, la réglementation actuelle dans l'intérêt des assurés et pour prévenir les fuites devant l'impôt.

En vertu du premier alinéa, la prestation de sortie ne peut pas être transférée à plus de deux

institutions de libre passage par cas de libre passage; à cet égard, les assurés peuvent choisir entre deux institutions de même forme ou deux différentes formes d'institution.

Selon l'article 3, 1^{er} alinéa LFLP, l'institution de prévoyance est tenue de verser la prestation de sortie à la nouvelle institution. Les alinéas 2 et 3 règlent l'obligation de transmission pour les cas dans lesquels la personne assurée n'entre pas dans une nouvelle institution de prévoyance dans l'année qui suit la sortie de l'ancienne, mais qu'elle ne le fait que plus tard en maintenant sa prévoyance au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage. L'obligation légale de transmettre la prestation de sortie s'applique dans ce cas à l'institution de libre passage. Celle-ci doit en conséquence arrêter la police de libre passage ou le compte de libre passage et transmettre le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée. A cet fin, la personne assurée doit informer l'institution de libre passage de son entrée dans la nouvelle institution de prévoyance.

L'alinéa 4 autorise, comme jusqu'à présent (cf. art. 4, let. b de l'actuelle ordonnance de libre passage), la personne assurée à changer en tout temps d'institution de libre passage ou à adopter une autre forme admise de maintien de la prévoyance, ce aussi longtemps que le capital de prévoyance n'a pas encore été versée à la nouvelle institution de prévoyance.

Article 13

Lors de la survenance d'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) ou d'un fait donnant droit au paiement en espèces de la prestation de sortie, le capital de prévoyance ne peut plus être placé auprès la nouvelle institution de prévoyance. Dans un tel cas, des prestations doivent être versées. Cette réglementation correspond dans une large mesure à celle de l'article 5 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Selon le premier alinéa, l'étendue des prestations de prévoyance se présente concrètement comme il suit: en ce qui concerne les polices de libre passage, le montant de la prestation dépend essentiellement de la prestation de sortie apportée (art. 18, 1^{er} alinéa) ainsi que de l'âge d'entrée; pour ce qui est des comptes de libres passage, c'est l'avoir disponible sur le compte au moment de la survenance du cas d'assurance qui est déterminant. En l'espèce, le montant de la prestation sera également fonction de l'existence ou non d'une couverture supplémentaire de risques ainsi que de l'étendue de cette dernière.

Selon l'alinéa 2, la prestation peuvent aussi être versées conformément au contrat sous forme de rente ou de capital. Le prêt anticipé introduit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30c LPP et art. 331e CO) apparaît ici en tant que nouvelle forme de prestation. Il est en outre précisé qu'un paiement en espèces de la prestation de sortie effectué en vertu de l'article LFLP est également considéré comme une prestation au sens de cette ordonnance.

L'alinéa 3 prescrit, comme jusqu'à présent, que les rentes de risques doivent être adaptées au renchérissement ainsi que le prévoit l'article 36, 1^{er} alinéa LPP pour les rentes de la prévoyance minimale légale.

Comme c'est déjà le cas dans la réglementation actuelle, l'alinéa 4 détermine le montant de la prestation. Il y a toutefois un élément nouveau: les frais administratifs résultant d'un compte de libre passage peuvent être également déduits si le contrat le prévoit.

Article 14

L'article renvoie à la disposition de l'article 5 LFLP pour le paiement en espèces anticipé du capital de prévoyance. Cela veut dire que l'on peut faire valoir un paiement en espèces du capital de prévoyance si les circonstances et les conditions de cette disposition sont données. Toutefois, en égard aux différentes institutions et situations, cette réglementation ne peut pas être reprise

telle quelle, d'où l'emploi du terme par analogie. Ainsi, pour une institution de libre passage, on ne peut pas exiger, conformément à l'article 5, 1^{er} alinéa, lettre b LFLP, que la personne assurée ne soit plus soumise à la prévoyance professionnelle obligatoire. Il en est de même de la condition de l'article 5, 1^{er} alinéa, lettre c LFLP, selon laquelle le montant de la prestation de sortie doit être inférieur au montant annuel des cotisations de la personne assurée, qui n'a pas la même signification dans ce contexte que pour une institution de prévoyance. Il faut ici pouvoir se référer, en suivant le sens de cette disposition, au montant annuel des cotisations accumulées auprès de la dernière institution de prévoyance avant le transfert de la prestation de libre passage auprès d'une institution de libre passage.

Article 15

L'ordre des bénéficiaires ne s'applique, tout comme celui de l'art. 6 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, qu'aux formes autorisées de maintien de la prévoyance et n'est valable que si l'institution de libre passage doit verser des prestations de prévoyance au sens de l'article 13. Certains éléments nouveaux ont été introduits par rapport à l'actuelle réglementation :

Le veuf figure dans la première catégorie au même titre que la veuve. En outre, dans l'intention de mieux tenir compte du but de prévoyance, les collectivités publiques ont été exclues de la troisième catégorie, celle des autres héritiers légaux. Dans le cas où il n'y aurait pas de bénéficiaires au sens de cette réglementation, le capital de prévoyance reste alors en mains de l'institution de prévoyance, laquelle doit l'affecter à des buts de la prévoyance professionnelle tels que par exemple l'amélioration des prestations (adaptation des prestations au renchérissement comprise), la couverture des frais administratifs, etc. Il serait judicieux de pouvoir verser de tels capitaux libres de prévoyance au fonds de garantie et à l'institution supplétive pour financer leurs tâches d'intérêt publique à caractère économique. Mais la chose n'est pas possible, faute de base légale.

Article 16

Cette disposition correspond dans une large mesure à celle de l'article 7, alinéas 1 et 2, lettre c de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Selon le premier alinéa, les prestations de vieillesse sont versées lorsque la personne atteint l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS (65 ans pour les hommes, 62 ans pour les femmes); cette réglementation est analogue à celle qui est appliquée pour la prévoyance obligatoire minimale (art. 13, 1^{er} alinéa LPP). Au même titre que les institutions de prévoyance (art. 13, alinéa 2 LPP), les institutions de libre passage ont la possibilité de prévoir dans leurs dispositions réglementaires le versement anticipé et ajourné des prestations de vieillesse. L'ajournement de cinq ans au plus du début du versement des prestations de vieillesse correspond d'ailleurs à la possibilité analogue proposée dans l'AVS (art. 39 LAVS).

L'alinéa 2 règle le versement de la prestation en cas d'invalidité lorsque la personne assurée n'a pas encore atteint l'âge de la retraite. Si une assurance-risques complémentaire à la police de libre passage ou au compte de libre passage a été conclue, les prestations sont régies par cette police ou ce compte. Si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire, les prestations de vieillesse ne peuvent être versées que si la personne concernée présente une invalidité complète au sens de l'AI.

Article 17

Par cette disposition de la présente ordonnance de même d'ailleurs que par l'article 8 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, l'interdiction générale de cession et de mise en gage est également appliquée au domaine du maintien de la prévoyance. Cette interdiction est valable en ce qui concerne le capital de prévoyance et les droits aux prestations en cours de formation. Les exceptions à cette réglementation sont les suivantes:

- En cas de divorce, le capital de prévoyance qui se trouve placé dans une forme admise de prévoyance peut être cédé à l'institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage de l'autre conjoint conformément à l'article 22 LFLP.
- Le capital de prévoyance et les droits en cours de formation issus d'une forme admise du maintien de la prévoyance peuvent être mis en gage pour réaliser des buts de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30b LPP, art. 331d CO).

Article 18

Cette disposition reprend telle quelle la teneur de l'article 9 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage. Selon le **premier alinéa**, les prestations provenant de la police de libre passage ou du compte de libre passage sont en principe financées par la prestation de sortie apportée à titre de mise de fonds unique (cf. art. 13, 1^{er} alinéa).

En vertu de l'**alinéa 2**, la prestation de sortie apportée peut aussi être affectée au financement de la couverture de risques supplémentaire. Mais il est aussi possible de financer cette couverture supplémentaire par le biais de primes complémentaires. Dans tous les cas, le contrat conclu avec l'institution de libre passage est déterminant.

Article 19

Cette disposition reprend tel quel libellé de l'article 10 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage. Le premier alinéa reprend les dispositions en matière de placement de l'OPP 2 pour les appliquer également au placement de capitaux de prévoyance auprès d'institutions de libre passage.

Si l'institution de libre passage n'effectue pas les placements elle-même, mais qu'ils sont réalisés en son propre nom auprès d'une banque, le privilège d'épargne relevant du droit de la faillite vaut, selon l'alinéa 2, pour chacune des personnes assurées.

Article 20

L'analyse des répercussions résulte du souci de garantir une exécution de la loi qui soit proche de la pratique et efficace, ceci surtout dans l'intérêt des institutions de prévoyance, des institutions de libre passage et des assurés. Sa mise sur pied se fonde en particulier sur l'article 43, alinéa 3 de la loi sur les rapports entre les Conseils et répond à l'objectif et aux recommandations du groupe de travail "Evaluation de la loi"⁴⁶. L'analyse des répercussions doit servir en premier lieu de base de décision pour l'autorité compétente, en l'occurrence l'Office fédéral des assurances sociales, afin que cette dernière puisse, au besoin, prendre les dispositions nécessaires au niveau de l'ordonnance et des instructions. Les frais d'une telle analyse devraient être peu importants pour la Confédération, car les activités liées à cette analyse se limitent au minimum nécessaire et il est de surcroît prévu que les milieux spécialisés du deuxième pilier, pour qui il est particulièrement important que l'exécution des mesures soit efficace, participent également à son financement⁴⁷.

Article 21

La présente ordonnance, lors de son entrée en vigueur, remplacera l'actuelle ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (AS 831.425); celle-ci sera alors abrogée (voir également chiffre 1 ci-dessus).

Article 22

La promulgation de la présente ordonnance rend nécessaire l'adaptation des dispositions des ordonnances suivantes : Le premier alinéa concerne l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2). Selon la version actuelle de l'article 11, alinéa 3, lettre a OPP2, lorsqu'un cas de libre passage se réalise, l'intérêt est

calculé sur l'avoir de vieillesse existant à la fin de l'année civile précédente, au-delà de la date d'échéance de la prestation de libre passage, plus précisément jusqu'au moment où cette dernière est effectivement payée. Ce problème de la prestation de sortie transmise avec retard est maintenant réglé dans l'article 2, alinéa 3 LFLP. Cette disposition d'ordonnance doit donc maintenant être adaptée en ce sens qu'elle doit préciser que l'intérêt calculé progressivement n'est crédité que jusqu'au moment où la personne assurée quitte l'institution de prévoyance. Après cette date d'échéance, un intérêt moratoire commence éventuellement à courir.

L'alinéa 2 concerne l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3). Selon la version actuelle de l'article 3, alinéa 2, lettre d, le versement anticipé des prestations de vieillesse est possible lorsque l'institution de prévoyance est tenue, conformément à l'article 331 c, alinéa 4, lettre b CO, de s'acquitter de son obligation par un versement en espèces. Cette disposition légale est remplacée par l'article 5 LFLP.

Article 23

Nous renvoyons à notre commentaire concernant l'article 10, alinéa 3. Une disposition particulière a été créée à titre provisoire pour les banques cantonales. Ces dernières ne sont à l'avenir plus habilitées à agir en qualité d'institution de libre passage si elles ne disposent pas d'une fondation spécialement affectée à la gestion de comptes de libre passage. Différentes banques cantonales ont toutefois déjà créé des fondations de libre passage. Pour laisser aux banques cantonales qui ne disposent pas encore d'une telle fondation ou qui ne sont pas affiliés à une telle fondation le temps de créer une fondation de libre passage, un délai d'une année leur est accordé.

Article 24

La présente ordonnance doit entrer en vigueur en même temps que la loi qui s'y rapporte, à savoir le 1^{er} janvier 1995.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 25

Indications

153 Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants

(Art. 30, al. 2, lettre b LPP; art. 331 c, al. 4, lettre b, chiffre 2 CO)

Depuis quelque temps, les caisses de pension reçoivent plus en plus de demandes d'obtention du versement en espèces de leur prestation de libre passage de chômeurs qui allèguent être désormais établis à leur compte, en exhibant comme preuve une attestation délivrée par la Caisse de compensation de l'AVS.

En réalité, les caisses de compensation qui sont confrontées à ces demandes se sont rendu compte que, peu après, lesdits chômeurs demandent à pouvoir bénéficier à nouveau du statut de salarié et font annuler leur statut d'indépendant au sens de l'AVS. Il s'ensuit que la prestation de libre passage qui leur a été versée n'aura guère servi à leur permettre de s'établir à leur compte, mais uniquement à régler une dépense extraordinaire (dettes, vacances, voiture, etc.).

Cette manière de détourner le but de la prévoyance est évidemment inadmissible. Ainsi que le savent la plupart des caisses de pensions, le problème n'est pas nouveau, mais a toujours existé. Il s'apparente à celui du départ définitif à l'étranger d'une personne qui, après quelques

mois revient en Suisse en ayant perçu son libre passage en espèces. Il paraît utile d'énumérer à nouveau les principes applicables dans la législation actuelle.

⁴⁶ GTEV AL, cf. rapport final à l'intention du Département du justice et police, octobre 1991, chiffres 6 et 7.⁴⁷ Des discussions sont en cours à ce propos.

Tout d'abord il convient de rappeler que la caisse de pension en sa qualité de débitrice de la prestation de libre passage est tenue de veiller à ce que celle-ci soit correctement affectée. Ainsi, doit-elle s'assurer que la personne a effectivement le statut d'indépendant. Les preuves incombent au demandeur, mais il y a lieu de se montrer plus restrictif quant à l'appréciation de celles-ci. Bien que cela ne soit guère aisé, la caisse de pension peut se fonder sur des éléments objectifs dans son appréciation.

En particulier, il ne faut plus uniquement se fonder sur la seule déclaration de l'AVS, mais bien s'assurer que la personne a entrepris les démarches nécessaires à l'exercice de sa nouvelle activité d'indépendant.

Dans le cas d'un chômeur qui n'a pas entièrement épuisé ses droits à l'assurance-chômage, la caisse peut refuser le versement en espèces tant que la personne continue - voire pourrait continuer - à percevoir des prestations de l'assurance-chômage, car son statut de salarié subsiste.

Pour les autres catégories de chômeurs (en fin de droit, étrangers qui rentrent chez eux), il y a quelques garde-fous que la caisse pourrait exiger, afin de s'assurer que le cas de versement en espèces de la prestation de libre passage est bien réalisé.

L'une des restrictions consisterait à observer un délai de carence tacite: la caisse pourrait "laisser durer" la procédure pendant quelques mois (mais attention : la caisse peut être appelée à verser des intérêts moratoires si elle possède tous les éléments du dossier et qu'elle tarde à rendre sa décision - en ce qui concerne l'exigibilité des intérêts moratoires, lorsque la caisse est en demeure, nous renvoyons à la jurisprudence du TFA en la matière: ATF 115 V 27).

En corrélation avec le ralentissement de la procédure, des preuves pourraient être exigées des chômeurs par des actes concrets : réalisations entreprises en vue de l'exercice de l'activité indépendante ; mandats déjà effectués, études en cours ou réalisées du marché potentiel, endroit où sera exercée l'activité, infrastructure mise en place, etc.

Dans tous les cas, si la caisse a de sérieux doutes quant au bien-fondé de la demande, elle peut la refuser, en arguant le manque de preuves. Il appartiendra alors à l'intéressé qui entend maintenir cette demande de saisir le tribunal compétent par voie d'action (art. 73 LPP), ce qui aura pour effet soit de décourager des demandes abusives, soit de rallonger la procédure et ainsi d'arriver à une meilleure administration des preuves.

158 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative

(Art. 30 al. 2 let. c LPP; art. 331c al. 4 let. b chiffre 3 CO)

De plus en plus de femmes qui deviennent chômeuses demandent que la prestation de libre passage leur soit payée en espèces en faisant valoir qu'elles ont cessé d'exercer une activité lucrative. Aussi longtemps que la femme touche des indemnités de chômage, elle doit être dans tous les cas en mesure d'être placée sur le marché du travail. Dans ce cas, il est manifeste, sur le plan de droit de la prévoyance, qu'elle pense à reprendre l'activité professionnelle et l'on ne saurait ici parler d'un abandon durable de l'activité lucrative. L'institution de prévoyance ferait bien de se montrer critique à l'égard des assurées qui font part de telles intentions.

Jurisprudence

161 Droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.12.1990 et du 30.3.1993 en la cause K)
(Art. 28 LPP; art. 331 b CO)

Le règlement de l'institution de prévoyance concernée prévoit que l'assuré a droit, à l'expiration du rapport de travail, au plein capital de couverture s'il a été congédié par l'entreprise de l'employeur. Le tribunal est parvenu à la conclusion qu'une démission de l'employé doit être considérée comme un licenciement de l'employeur lorsque l'employé a été placé sans équivoque devant le choix de donner son congé ou d'être congédié.

162 Cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage

(Remarque à propos des arrêts du TFA du 2.2.1993 en la cause S. B. ainsi que du 25.9.1992 en la cause S. W.)

(Art. 28 LPP; art. 331b et 342 al. 1 let. a CO)

Si l'employeur prend à sa charge, en vertu d'un accord contractuel, des sommes de rachat ou des cotisations de l'employé, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être considérées, dans un cas de libre passage, comme appartenant à l'employé ou à l'employeur. Le tribunal constate que le contrat de travail à lui seul n'a pas d'effet sur le plan du droit de prévoyance. Si le règlement de l'institution de prévoyance ne prévoit rien de particulier sur cette question, il est nécessaire de convenir en la matière d'une clause écrite différente du règlement. Mais une institution de prévoyance de droit public doit disposer à cet égard d'une base juridique claire. Si une telle réglementation sur le plan du droit de prévoyance fait défaut, la prestation concernée de l'employeur dans le cas de libre passage continue à être considérée comme une prestation appartenant à l'employé.

163 Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque que l'assuré quitte définitivement la Suisse

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.1.1993 en la cause X) (Art. 93 chiffre 13 LP)

Dans la pratique, les offices de poursuite essaient souvent de saisir la prestation de libre passage, notamment lorsque l'assuré quitte la Suisse définitivement et pourrait donc à ce titre faire valoir son droit au paiement de la prestation en espèces. Le Tribunal fédéral a maintenant tranché cette question si longtemps controversée. Il explique que la prestation de libre passage (que ce soit dans le régime obligatoire ou le régime hors obligatoire) au sens de l'article 93 chiffre 13 LP n'est pas considérée comme exigible et donc comme saisissable aussi longtemps qu'elle vise à maintenir la prévoyance. En l'espèce, l'employé, dans le cas de libre passage, a définitivement quitté la Suisse, cela sans avoir cependant présenté une demande de paiement de la prestation de libre passage. Le tribunal a établi que le fait de quitter la Suisse ne constituait pas à lui seul un motif suffisant pour pouvoir saisir la prestation de libre passage. Aussi longtemps que l'assuré ne présente pas de demande de paiement en espèces, la prestation de libre passage reste insaisissable sur le plan du droit de poursuite. Le silence de l'assuré en la matière ne peut en aucun cas être interprété comme un consentement tacite à recevoir le paiement de la prestation de libre passage en espèces. Ces considérations du tribunal s'appliquent à notre avis aussi aux autres situations de paiement en espèces dans lesquelles l'assuré doit explicitement demander ce dernier (sauf si elles concernent une femme mariée ou une - activité lucrative indépendante).

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 23

Jurisprudence

141 Montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques ; en particulier critères relatifs à un licenciement pour des raisons économiques

(à propos de l'arrêt du TFA du 23.12.1991, en la cause B.) (art. 27, 28 LPP, art. 331c CO)

Contrairement à ce qui est défini dans les dispositions réglementaires, le TFA autorise le transfert de la prestation complète de libre passage dans des cas exceptionnels et lorsque des conditions préalables très sévères sont remplies. Il considère que celles-ci le sont en cas d'un licenciement pour des raisons économiques. A cet égard, il se base sur une notion qualifiée du licenciement d'ordre économique. Selon le TFA, un tel cas pourrait se produire en cas d'une liquidation complète ou partielle d'une entreprise ou d'une réduction importante des activités de cette dernière, une situation qui aurait pour conséquence que les fonds de prévoyance accumulés ne seraient plus tous nécessaires pour maintenir la prévoyance des collaborateurs assurés restants; donc en cas de faits qui sont très proches de l'interdiction d'abus d'un droit au sens de l'art. 2 al. 2 CCS. Dans ce domaine, une intervention judiciaire dans la liberté d'organisation accordée aux institutions de prévoyance dans le secteur surobligatoire (art. 49 LPP) peut être envisagée exceptionnellement lorsque l'application du droit doit être considéré comme complètement inutile, voire inopportun. En l'espèce, les circonstances n'étaient pas telles que définies ci-dessus. Le recourant a en effet été congédié suite à une affaire d'escroquerie dans laquelle il n'était pas impliqué directement ou indirectement; il était en revanche chef du service ayant la plus grande part de responsabilité dans cette affaire.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 20

Jurisprudence

124 Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative.

(A propos de l'arrêt du TFA du 22 août 1991, dans la cause V.) (Art. 30 al. 2 lettre b LPPj art. 331c al. 4 lettre b ch. 2 COi art. 7 al. 2 lettre b ch. 2 de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance)

Dans un article paru dans le bulletin de la prévoyance professionnelle No 11, sous chiffre 59, et repris dans la RCC 1989, p. 151, l'OFAS partait du principe que le versement en espèces de la prestation de libre passage à un indépendant qui démissionne d'une institution de prévoyance ne peut intervenir qu'à la condition que sa situation économique s'apparente à celle d'un salarié qui s'établit à son compte. Une telle situation ne se présente que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative indépendante qui n'a plus aucun lien avec celle qu'il a exercée jusqu'alors. Le TFA dans la cause citée en exergue ne partage pas ce point de vue et, pour les raisons qui sont reproduites ci-après, estime que cette théorie se fonde sur une interprétation erronée de la loi.

Ce qui caractérise l'indépendant du salarié c'est précisément le fait qu'il exerce une activité lucrative à son propre compte et non pour le compte d'un employeur. Dès lors, un indépendant affilié à une institution de prévoyance que ce soit à titre obligatoire ou facultatif ne peut jamais se trouver dans la situation envisagée par les dispositions légales citées ci-dessus, qui lui sont donc inapplicables, même par analogie.

D'autre part, le besoin de protection sociale qui est à l'origine des restrictions au droit des assurés de disposer du montant de la prestation de libre passage sous la forme d'un paiement en espèces n'existe pas à l'égard de l'indépendant qui met fin au rapport de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. C'est en tout cas ce qu'il faut déduire logiquement du fait que le législateur a précisément voulu faire une exception au principe du non-versement en espèces de la prestation de libre passage dans le cas du salarié qui devient indépendant et cesse d'être soumis à l'assurance obligatoire. Cette double exigence est toujours réalisée par l'indépendant qui s'affilie à titre facultatif à une institution de prévoyance et elle le reste quand il décide de mettre fin à son affiliation.

On doit dès lors conclure qu'il n'existe aucune restriction légale au droit d'un indépendant assuré à titre facultatif d'exiger le paiement en espèces de sa prestation de libre passage lorsqu'il décide de mettre fin à son assurance facultative. Il ne saurait dès lors être question d'une quelconque inégalité de traitement entre l'assuré salarié et l'assuré de condition indépendante puisque c'est justement cette différence de statut qui justifie, selon la volonté du législateur, le versement en espèces de la prestation de libre passage à la fin du rapport de prévoyance.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 17

Indication

106 Versement en espèces de la prestation de libre passage, à un stade ultérieur, à un ayant droit qui a entrepris une activité lucrative indépendante

(Art. 30, al. 2, b, LPP, art. 331c, al. 4, b, ch. 2, CO, art. 7, al. 2, b, ch. 2, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage).

Ces derniers temps, on nous a souvent demandé si les montants de libre passage qui n'ont pas été versés en espèces au début de l'exercice d'une activité indépendante et qui figurent dans un compte de libre passage ou une police de libre passage, peuvent être versés en espèces ultérieurement.

Le droit au versement en espèces en raison de l'exercice d'une activité indépendante n'est possible qu'au moment où les conditions du versement en espèces sont réalisées, c'est-à-dire, au commencement de l'activité indépendante. Aux articles 30 LPP, 331 c CO et 7 de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, le législateur a utilisé des termes "s'établit à son propre compte" et non de "exerce une profession indépendante". Dans l'hypothèse où une police de libre passage a été établie, voire un compte de libre passage, il y a lieu d'y appliquer, en cas de résiliation les dispositions prévues par le règlement ou, à défaut, par l'article 7 de l'Ordonnance.

La loi prévoit, en outre, que la protection de la prévoyance doit être maintenue. Par conséquent, il ne peut être dérogé à ce principe que dans des cas exceptionnels, à la demande de l'ayant droit. Cela implique que, si l'ayant droit à l'échéance d'une prestation de libre passage ne présente pas de demande de paiement en espèces, il donne à entendre qu'il n'a pas besoin du paiement en espèces à ce moment. Il ne lui est donc plus possible de revenir ultérieurement sur sa décision initiale.

La même problématique se retrouve aussi en ce qui concerne la question du paiement en espèces de la prestation de libre passage à la cessation de l'assurance facultative d'un indépendant (voir à ce sujet le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 11, point 59).

Jurisprudence

107 Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion de "montant insignifiant"

(A propos de l'arrêt du TFA du 23 avril 1990 en la cause Z) (Art. 30, 1er al., LPP; art. 331c 4^e al., CO)

En l'espèce, le recourant, affilié pendant dix mois à une institution de prévoyance n'a pas droit au versement en espèces de la prestation de libre passage au sens de l'art. 30, al. 1, LPP, et ce même si les statuts de l'institution de prévoyance le permettent.

Reste à examiner si un versement partiel en espèces, concernant la prévoyance plus étendue, peut être effectué sur la base de l'art. 331c, al. 4, lettre a, CO, en raison de l'insignifiance du montant de la créance. La notion de **montant insignifiant** n'a pas à être tranchée en fonction d'une limite exprimée en francs. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, par exemple, de l'âge du travailleur, du niveau de son revenu.

Les institutions de prévoyance ont aussi la possibilité de définir, dans leur règlement, la notion de créance de peu d'importance, mais cette interprétation est sujette au contrôle du juge.

Selon le TFA, la question d'un versement en espèces de la prestation de libre passage en raison de l'insignifiance du montant de la créance ne se pose que si la prestation de libre passage découlant du CO est plus élevée que celle qui est calculée conformément à la LPP, étant donné que la LPP exclut, pour sa part, la possibilité d'un versement au comptant. Il y a donc lieu, pour déterminer si la créance équivaut à une somme insignifiante ou non, de considérer la part qui excède le montant de l'avoire de vieillesse selon la LPP, laquelle fera, le cas échéant, l'objet du versement en espèces.

Dans le cas d'espèce, le TFA a admis que le montant extra-obligatoire de 1'656.- francs peut être considéré comme insignifiant, car inférieur à la somme des cotisations de l'assuré pendant une année (2'646.- fr.).

Dans l'hypothèse où la totalité de la prestation de libre passage a déjà été versée à une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne caisse peut en demander le remboursement partiel à la nouvelle caisse. Elle devra ensuite rétrocéder ce montant à l'ayant droit.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 15

Jurisprudence

92 Transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution

(Référence à un arrêt du TFA du 18 mai 1989 en la cause St.) (art. 29, 49 LPP; art. 2, 13 OMPLP; art. 331c CO)

St. passa en date du 1^{er} janvier 1987 d'une institution de prévoyance à une autre. Conformément aux statuts il se racheta dans la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à sa 30^e année. La somme de rachat était toutefois inférieure à la prestation de libre passage fournie par l'ancienne institution de prévoyance. St. demanda que soit constitué un compte de libre passage en sa faveur pour le montant du capital non requis par le rachat. La nouvelle caisse refusa d'accéder à cette demande.

Il y lieu de confirmer, dans le cadre de l'assurance obligatoire LPP, l'obligation de transférer la prestation de libre passage selon l'article 29, 1^{er} alinéa, LPP à la nouvelle institution de prévoyance. Cela ressort d'une part de l'article 29, 3^e alinéa, LPP, que le maintien de la prévoyance ne peut être garanti au moyen d'une police de libre passage ou par une forme

équivalente, que si ledit montant ne peut être transféré à une nouvelle institution de prévoyance ni laissé auprès de l'ancienne. Le transfert des prestations de libre passage répond ainsi, également, aux exigences de la protection fournie par la prévoyance obligatoire minimale (cf. à ce propos le Bulletin no 3, ch.m. 18). Pour les institutions de prévoyance dont les prestations sont supérieures à celles de la prévoyance minimale LPP ("caisses enveloppantes") c'est l'unique façon de prouver que leurs prestations correspondent en tout temps à celles de la prévoyance obligatoire LPP.

Dans le domaine de la **prévoyance plus étendue**, le transfert de la prestation de libre passage dans la nouvelle institution de prévoyance procède des mêmes réflexions que pour le secteur de l'assurance obligatoire (cf. Bulletin no 3, ch. m. 18). Lorsque la prestation de libre passage pré-, sur- et sous-obligatoire versée à l'assuré par la dernière institution de prévoyance ne peut être utilisée conformément au règlement de la nouvelle institution de prévoyance pour le maintien de sa prévoyance professionnelle étendue, l'assuré peut affecter cette part excédentaire de la prestation de libre passage en choisissant l'une des possibilités que la loi prévoit pour le maintien de la prévoyance. L'institution de prévoyance ne peut lui refuser ce droit en argumentant qu'elle peut adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui conviennent (art. 49, 1^{er} al., LPP). Le tribunal relève que l'institution de prévoyance est tenue, de par la Constitution, au respect du droit à l'égalité, à l'interdiction de l'arbitraire et au principe de la proportionnalité. En particulier, elle ne peut limiter les droits des assurés que dans la mesure objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle. Le tribunal considère dès lors comme une limitation injustifiée que l'institution de prévoyance prive l'assuré, comme dans le cas présent, des possibilités que la loi lui offre pour maintenir la prévoyance.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 12

Jurisprudence

70 Intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

(A propos de l'arrêt du TFA, du 16 février 1989, en la cause D.)

(art. 15 LPP; art. 11, 3e al., let. a et art. 12 OPP 2; art. 102, 2e al. et art. 104 CO)

Contrairement à l'opinion que l'OFAS a publiée sous le chiffre marginal 12 du Bulletin de la prévoyance professionnelle no 2, qui se fondait sur un avis de l'Office fédéral de la justice (mais qui n'avait pas valeur de directive, comme on pourrait le croire à la lecture de l'arrêt), le Tribunal conclut que l'article 11, 3e alinéa, lettre a et l'article 12 OPP 2 ne sont pas applicables pour calculer l'intérêts moratoire, aussi bien dans le régime obligatoire que dans le régime pré ou sur-obligatoire. Le montant des intérêts moratoires résulte par conséquent en premier lieu du règlement. En l'absence d'une telle disposition, c'est l'article 104, 1^{er} alinéa, CO qui est applicable qui fixe l'intérêt moratoire à 5 pour cent l'an. A notre avis, cela devrait signifier que les institutions de prévoyance ne peuvent pas fixer dans leurs règlements un intérêt plus faible (voir au sujet de la modification éventuelle du taux d'intérêt : Prof. E. Béguelin, Fiches juridiques suisses, fiche no 607).

De l'avis du Tribunal, les intérêts moratoires courent sans mise en demeure préalable à partir du jour auquel la prestation de libre passage est due, c'est-à-dire dès la cessation des rapports de travail (art. 102, 2e al., CO), à la condition toutefois que l'institution de prévoyance possède les renseignements requis concernant le destinataire de la prestation de libre passage, faute de quoi on ne saurait considérer que l'institution de prévoyance est en demeure.

71 Calcul de la prestation de libre passage

(A propos des arrêts du TFA, du 19 décembre 1988, en la cause J., et du 16 février 1989; en la cause D.)

(art. 28 LPP, 331a et 331b CO)

1. Méthodes en discussion

Dans son arrêt en la cause J., le TFA a examiné deux modes de calcul de la prestation de libre passage, soit la méthode de comparaison et celle de la scission (voir à ce sujet notre article dans le Bulletin no 4, chiffre marginal 25).

Selon le TFA, la méthode de la scission ne peut ni se fonder sur les travaux préparatoires de la loi, ni se justifier par le sens et l'objectif de l'article 28 LPP. La teneur de cette disposition ne permet pas non plus de tirer quoi que ce soit en faveur de ce mode de calcul. Du point de vue systématique, enfin, la place de l'article 28 dans la LPP ne fournit aucun élément décisif en la matière.

La portée réelle de l'article 28 réside plutôt dans le fait que celui-ci est d'abord une norme de coordination, étant donné que les articles 331a et 331b CO se réfèrent à l'ensemble de la prévoyance réglementaire. Cette disposition est destinée à harmoniser entre elles prévoyance obligatoire et prévoyance plus étendue, compte tenu de leurs objectifs respectifs.

Le TFA rejette en conséquence la méthode de la scission et se prononce par principe en faveur de la méthode comparative.

2. Différences suivant que la caisse est scindée ou enveloppante

Le TFA relève qu'il peut certes sembler peu satisfaisant que des assurés puissent percevoir, en cas de libre passage, une prestation généralement plus élevée si la caisse est scindée que si elle est enveloppante. Mais du point de vue de la protection minimale inhérente au régime obligatoire de la LPP, cela doit être accepté.

3. Marche à suivre en vertu de la méthode comparative / éléments du calcul

Selon le TFA, les éléments ci-après doivent être pris en considération dans le calcul comparatif afin de sauvegarder l'ordre juridique instauré par l'article 28, 1^{er} alinéa, LPP en matière de libre passage.

- le calcul comparatif doit se fonder sur des bases de comparaison identiques dans le temps;
- est déterminante, la période pendant laquelle l'assuré a appartenu à la dernière institution de prévoyance;
- le droit à la prestation de libre passage dépend uniquement de la période durant laquelle des cotisations ont été payées à cette institution de prévoyance;
- l'avoir de libre passage que l'assuré a apporté dans la dernière institution de prévoyance ne saurait être pris en compte dans le calcul comparatif, car il ne constitue pas un versement de cotisations au sens des articles 331a et 331b CO;
- les versements uniques et les sommes de rachat ne sont pas non plus des cotisations au sens des articles 331a et 331b CO; ils ne doivent donc pas être pris en compte dans le calcul comparatif;
- aucune différence n'est faite, lors du calcul, entre prévoyance obligatoire et prévoyance surobligatoire; par conséquent, les institutions de prévoyance enveloppantes ne sont pas contraintes à la scission.

Par ailleurs, il y a toujours lieu de distinguer d'abord si le bénéficiaire est entré dans l'institution de prévoyance avant ou après le 1^{er} janvier 1985 (date à laquelle la LPP est entrée en vigueur). Le calcul comparatif est conçu différemment dans l'un et l'autre cas:

- En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance avant le 1er janvier 1985

La prestation de libre passage doit être calculée comme suit :

1. Déterminer tout d'abord la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a ou 331b CO) en tenant compte de toute la période d'assurance passée dans l'institution de prévoyance, ainsi que des prestations de libre passage ou d'autres versements uniques apportés par l'assuré.
2. En déduire la prestation de libre passage qui était acquise à l'assuré le 31 décembre 1984 en vertu du règlement de l'institution de prévoyance, compte tenu de l'apport éventuel de prestations de libre passage ou d'autres versements uniques.
3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise en vertu du règlement après le 1^{er} janvier 1985.
4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise en vertu de la LPP (art. 28, 1^{er} al.).
5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est ajouté alors au montant 2.

Exemple chiffré (les chiffres sont imaginaires)

PLP selon règlement / CO pour la durée totale d'assurance (y compris l'apport de versements uniques et la PLP)	fr. 8'500.-	
. /. PLP selon règlement (d'alors) 1 CO au 31.12.1984 (y compris l'apport de versements uniques et le PLP)	fr. 5'200.-	
PLP acquise après le 1.1.1985	fr. 3'300.-	
PLP selon LPP		fr. 4'400.-
La comparaison indique que la PLP est plus élevée que celle acquise selon le règlement et le CO.		
Décompte final:		
PLP selon règlement / CO au 31.12.1984		fr. 5'200.-
PLP selon LPP		fr. 4'400.-
La PLP due à l'assuré s'élève donc à		fr. 9'600.-

- - En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance après le 1er janvier 1985

Dans ce cas, la prestation de libre passage à fournir est calculée de la façon suivante:

1. Calculer la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a et 331b CO).
2. En déduire la prestation de libre passage apportée éventuellement par l'assuré ainsi que d'autres versements uniques.
3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance.
4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance en vertu de la LPP (art. 28, 1er al.) (donc également après déduction de la prestation de libre passage LPP apportée par l'assuré).
5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est alors ajouté au montant 2.

Exemple chiffré (les chiffres correspondent à l'arrêt du TFA en la cause J.)

PLP selon règlement / CO pour la durée totale d'assurance	fr. 213'749.-	
. /. PLP apportée	fr. 201'974.-	
. /. versement unique	fr. 8'465.-	
PLP acquise dans la dernière institution de prévoyance	fr. 3'310.-	
PLP selon LPP (acquise dans l'institution de prévoyance)		fr. 3'729.-

La comparaison indique que la PLP selon LPP est plus élevée que celle acquise selon règlement / CO

Décompte

final:

PLP selon LPP	fr.
3'729.- PLP apportée	fr.
201'974.- versement unique	fr.
8'465.-	

La PLP due à l'assuré s'élève donc à	fr.
214'168.-	

4. Conséquences dans la pratique

En principe, la méthode de calcul mentionnée ne déploie un effet direct qu'entre les parties concernées. Cependant, comme il s'agit d'arrêts du Tribunal fédéral, elle se répercute naturellement aussi, bien qu'indirectement, sur tous les autres cas. Il en va d'ailleurs de même pour les arrêts du Tribunal fédéral touchant tous les autres domaines de la prévoyance professionnelle. Des arrêts dont la portée est aussi large que ceux dont il est question ici en matière de libre passage ont donc aussi des conséquences étendues dans la pratique, particulièrement en ce qui concerne le champ d'application dans le temps et l'adaptation des règlements, conséquences qui peuvent se résumer comme suit:

- La méthode de calcul admise par le TFA doit être appliquée avec effet immédiat, à savoir pour tous les cas de libre passage qui sont survenus depuis que le TFA s'est prononcé à ce sujet.
- Si l'institution de prévoyance a jusqu'ici appliqué un autre mode de calcul (notamment la méthode la plus fréquemment retenue, qui consistait à comparer la prestation de libre passage acquise selon la LPP à celle acquise en vertu du CO ou du règlement indépendamment de la date d'entrée) elle n'a pas besoin de revoir les cas déjà réglés, à moins qu'elle ne s'y soit expressément engagée. Elle peut se fonder sur le principe de la bonne foi fixé à l'article 50, 3^e alinéa, LPP. Les deux arrêts du TFA n'ont, de ce point de vue, pas d'effet rétroactif sur les cas de libre passage déjà réglés.
- A notre avis, il devrait en aller de même, lorsque l'assuré requiert un nouveau calcul dans un cas déjà traité, à moins qu'il n'ait émis des réserves lors de la liquidation du cas.
- Les dispositions du règlement concernant le libre passage qui ne concordent plus avec la méthode de calcul décidée par le TFA doivent être adaptées. L'institution de prévoyance ne peut plus en l'espèce se fonder sur le principe de la bonne foi, évoqué plus haut, jusqu'au moment où le règlement aura été modifié ; elle est toutefois elle-même responsable de la manière dont elle entend adapter son règlement, ainsi que de la date de cette adaptation.
- L'OFAS prêtera aussi attention à ce problème lors de l'enregistrement définitif. Celui-ci sera possible quand bien même les règlements n'auraient pas encore été adaptés définitivement. Toutefois, l'enregistrement sera alors assorti d'une réserve, à savoir que l'adaptation du règlement devra avoir lieu dans un certain délai.

Jurisprudence

72 Utilisation de l'avoir de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires

(A propos de l'arrêt du TFA, du 27 décembre 1988, en la cause W. (art. 30, 49, 50 LPP, art. 331c, 4^e al. CO)

Un assuré dispose d'un avoir de libre passage constitué à titre privé. A la suite d'une promotion et de l'augmentation du salaire assuré qui en découle, des contributions spéciales sont dues. L'assuré peut-il alors s'acquitter de celles-ci par transfert de son avoir de libre passage?

En principe, en vertu de l'article 49 LPP, les caisses peuvent adopter le mode de financement qui leur convient. La réponse à la question ci-dessus dépend donc du règlement de la caisse concernée. Comme l'a relevé le TFA, il est possible de prévoir dans ce but le versement d'acomptes mensuels. Mais l'utilisation d'un avoir de libre passage existant serait aussi admissible. Elle ne constituerait pas un versement partiel indirect des prestations de libre passage précédentes ni ne porterait atteinte à l'article 30 LPP ou à l'article 331c, 4^e alinéa CO.

En résumé, il s'ensuit que des avoirs de libre passage peuvent être utilisés pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires lorsque le règlement de la caisse prévoit cette procédure. La caisse n'est toutefois nullement obligée d'accepter que ces contributions spéciales soient financées par le biais de telles créances de libre passage si son règlement prévoit une autre solution.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 11

Indications

59 Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?

(art.30, 2^e al., let. b, LPP; art.331c, 4^e al., let.b, ch. 2, CO; art.3, 2^e al., let. c, OPP 3)

En vertu de l'article 44 LPP, l'indépendant peut adhérer à l'assurance facultative. Par sa teneur, l'assurance facultative des indépendants équivaut dans une large mesure à l'assurance obligatoire des salariés (cf. à ce propos notre article paru dans le Bulletin LPP no 8 du 30 mars 1988, sous ch. 47). Cela vaut en premier lieu pour l'affectation des ressources de la prévoyance professionnelle qui - comme chacun le sait- se caractérise, entre autres, par une interdiction générale d'opérer des versements en espèces, cette interdiction ne souffrant que des exceptions très strictes. Lorsque l'indépendant résilie son assurance facultative - ce qu'il peut, à l'opposé du salarié obligatoirement assuré, faire en tout temps - il n'est pas rare d'observer dans la pratique qu'il demande le plus souvent à cette occasion le versement en espèces de sa prestation de libre passage en invoquant que, justement, il s'établit à son propre compte (resp. art. 30, 2^e al., let. b, LPP, et art. 331c, 4^e al., let. b, ch. 2, CO).

L'on ne peut cependant pas accorder, sans autre, un versement en espèces en pareil cas. On pourrait ainsi contourner à volonté la destination des moyens de la prévoyance professionnelle et l'institution de prévoyance pourrait alors être assimilée à une sorte d'institut bancaire. Cela équivaudrait d'autre part à traiter le salarié d'une manière fort inéquitable. On exige en fait du salarié qu'il entreprenne une activité lucrative indépendante, ce qui implique pour lui une certaine adaptation. Il peut ainsi obtenir qu'on lui verse en espèces la prestation de libre passage, qui lui servira de capital initial pour fonder sa propre entreprise, cette dernière lui permettant de se constituer une prévoyance vieillesse suffisante grâce à la prévoyance individuelle (cf. message sur la LPP du 19.12.1975, tirage à part,

au bas de la page 92). Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de ces principes pour celui qui travaille déjà à son propre compte et résilie son assurance facultative. Il ne peut, par conséquent, demander que la prestation de libre passage lui soit versée en espèces que lorsque sa situation économique s'apparente à celle d'un salarié qui s'établit à son compte. Dans les faits, un tel cas ne se présente que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative indépendante qui n'a plus aucun lien avec celle qu'il a exercée jusqu'alors et tel est généralement le cas lorsque l'assuré change de branche d'activité. Si au contraire l'activité exercée jusqu'alors se poursuit, cette condition n'est pas remplie et l'assuré ne peut par conséquent pas demander le versement en espèces de sa prestation de libre passage. Ce cas est comparable à celui d'un travailleur soumis à l'assurance obligatoire qui change de place, mais demeure salarié.

C'est du reste sur cette même idée que repose la prévoyance liée du troisième pilier qui pose comme exigence l'abandon de l'activité indépendante exercée jusqu'alors et la reprise d'une activité d'un autre genre (art. 3, 2e al., let. c, OPP 3).

60 Paiement en espèces en faveur d'un actionnaire principal ou d'un directeur-actionnaire ?

(art. 30, 2e al., let. c, LPP et art. 331c, 4e al., let. b, ch. 2, CO)

Un travailleur quitte une place pour assumer une nouvelle activité auprès d'une société anonyme où il endosse une fonction dirigeante et participe en même temps de façon décisive au capital-actions. Il faut alors se demander si l'on doit considérer comme un indépendant cet actionnaire unique, principal ou majoritaire et s'il peut donc exiger de son ancienne institution de prévoyance que la prestation de libre passage lui soit versée en espèces.

Sur le plan formel, il faut considérer comme salarié la personne qui travaille au service de sa propre société anonyme et, partant, l'assimiler à une personne exerçant une activité lucrative salariée au sens de l'AVS (cf. à ce propos Bulletin de la prévoyance professionnelle no 5, ch. 33, et RCC 1985, p.

369). Cette personne reste soumise au régime obligatoire de la LPP. Il n'est donc pas possible de verser la prestation de libre passage en espèces.

Les considérations précédentes s'appliquent, pour des raisons de principe, également à la prévoyance plus étendue. L'on ne peut par conséquent plus se référer aux divers modes d'appréciation économique dont ce genre de personnes faisait l'objet avant l'entrée en vigueur de la LPP. On ne saurait scinder la prestation de libre passage et verser en espèces la part surobligatoire. Cela serait en désaccord avec la volonté du législateur qui tend vers une harmonisation entre la réglementation en matière de libre passage du CO et celle de la LPP.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 10

Indication

53 La tenue du compte de libre passage par une institution de prévoyance

(art. 29, 2e et 3e al., LPP; art. 2, 3e al., et 13, 4e al., de l'Ordonnance sur le libre passage)

Il n'est pas rare dans la pratique actuelle qu'une institution de prévoyance, en plus de la prévoyance active, gère également des comptes de libre passage pour garantir, en cas de dissolution des rapports de travail, le maintien de la prévoyance acquise pour ses propres assurés, voire pour des assurés provenant d'autres institutions de prévoyance. Jusqu'à présent cette pratique a toujours été tolérée. On peut se demander s'il en sera de même à l'avenir, compte tenu de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1987, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (ci-après ordonnance sur le libre passage) qui règle expressément cette matière.

Cette ordonnance a déjà fait l'objet d'un commentaire dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle No 2 (cf. ch. 13) du 19 janvier 1987.

1. Institutions autorisées à tenir des comptes de libre passage

En vertu de l'article 2, 3^e alinéa, lettres a et b de l'ordonnance sur le libre passage, seules les banques cantonales, les fondations qui remplissent les conditions fixées à l'article 10 de l'ordonnance ont la possibilité de tenir des comptes de libre passage. Il s'agit des fondations bancaires de libre passage. Une institution de prévoyance n'est donc légalement plus légitimée à gérer des comptes de libre passage. Il est vrai cependant qu'en vertu de la LPP et de l'ordonnance précitée, la poursuite de l'assurance, en cas de dissolution des rapports de travail, auprès de l'institution de prévoyance jusque-là compétente est possible lorsque le règlement de la caisse le prévoit (cf. art. 29, 2^e al. et 47 LPP, art. 2, 1^{er} al. Ordonnance sur le libre passage). Mais il s'agit, en règle générale, d'assurés cotisants.

2. Raisons d'une telle limitation

Il faut bien se rendre compte que dans un cas de libre passage, tant que le passant n'a pas réintégré une nouvelle institution de prévoyance, sa situation juridique est différente de l'ancienne. L'assuré, lors de l'ouverture du compte de libre passage, passe d'une prévoyance collective à une prévoyance individuelle. Cela nécessite une structure juridique appropriée compte tenu que le cercle des personnes à assurer ne se limite plus au personnel d'une, voire de plusieurs entreprises et qu'il s'agit avant tout de garantir le maintien de la prévoyance de personnes qui, pour une raison ou une autre, ne sont plus actives. C'est pourquoi l'on ne peut pas considérer une fondation de libre passage comme une institution de prévoyance en faveur du personnel au sens de la LPP ou du CCS, mais comme une fondation poursuivant des tâches particulières en matière de prévoyance, au même titre que les fondations bancaires du 3^e pilier. On peut donc en conclure que la tenue des comptes de libre passage par une institution de prévoyance au sens étroit n'est en tout cas pas conciliable avec la nouvelle réglementation.

3. Dérogation possible en cas de maintien de l'assuré dans son ancienne institution

En vertu de l'ordonnance sur le libre passage (art. 13, 4^e al.), une institution de prévoyance a la possibilité, lorsque l'assuré ne l'a pas informée dans un délai de 30 jours de son choix quant au transfert de sa prestation de libre passage, de décider, en lieu et place de ce dernier, du mode du maintien de la prévoyance. En pareil cas la caisse est entre autres également habilitée, si son règlement le prévoit, à conserver chez elle un tel assuré, quand bien même celui-ci aurait cessé de cotiser. La gestion de ce compte individuel ne diffère guère de celle d'un compte de libre passage. Elle ne saurait toutefois être offerte à des tiers qui n'avaient précédemment aucun lien de prévoyance avec ladite institution. Il en va d'ailleurs de même dans les cas visés à l'article 14 de l'ordonnance sur le libre passage où l'institution de prévoyance est libérée de l'obligation de verser la prestation de libre passage, avec l'accord de l'assuré parce qu'il faut s'attendre à ce que celui-ci va réintégrer cette dernière ou que la survenance d'une incapacité de travail de ce dernier risque d'entraîner l'octroi d'une rente d'invalidité ou de survivants.

Indication

25 Calcul de la prestation de libre passage

(art.28 LPP; art. 331 a et b CO; art. 50, 3e aL, LPP)

La question de savoir comment il faut calculer correctement la prestation de libre passage selon l'article 28 LPP, lorsqu'il s'agit d'institutions de prévoyance dites enveloppantes, est devenue particulièrement actuelle par deux jugements récents du Tribunal des assurances du canton de Zürich. Tandis que le premier de ces jugements a passé en force, un recours de droit administratif a été interjeté contre le second, notamment par le Département fédéral de l'intérieur. Cette affaire est actuellement pendante devant le TFA.

Deux conceptions s'affrontent à propos de ce jugement attaqué: d'après **la méthode dite de comparaison** qui est généralement appliquée dans la pratique, la prestation de libre passage est calculée de deux manières, et c'est le montant le plus élevé qui est versé; ce calcul se fait, d'une part, d'après la LPP, et d'autre part, d'après le CO (art. 331 a ou b), soit d'après le règlement. Dans **la méthode dite de split**, en revanche, la prestation de libre passage se compose du montant fixé par la LPP pour la prévoyance obligatoire minimale et du montant prévu par le CO (art.331 a ou b), ou par le règlement, pour la prévoyance plus étendue (prévoyance pré-obligatoire et sur-obligatoire). La méthode de comparaison a été, à notre avis, certainement voulue par le législateur en vue d'une coordination aussi simple que possible entre le libre passage selon la LPP et le libre passage selon le CO, et pour empêcher une scission de la caisse. Cette méthode est d'ailleurs parfaitement en accord avec la conception du régime obligatoire institué par la LPP. Aujourd'hui, une question est particulièrement actuelle pour l'institution de prévoyance: comment doit-elle se comporter jusqu'au jugement du Tribunal suprême? Une institution de prévoyance qui a adopté, dans son règlement, la méthode de comparaison ou qui l'applique sans que le règlement ait été adapté peut continuer de l'appliquer. Elle peut admettre en toute bonne foi, au sens de l'article 50, 3e alinéa, LPP, que sa manière d'agir est conforme à l'article 28 LPP. Cela signifie en particulier qu'en cas de sectionnement éventuel de la méthode du split, des créances en restitution ne seraient guère possibles (voir aussi le Bulletin officiel CE, 1980, p. 294).

Jurisprudence

26 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier qui met fin à son activité lucrative

(art.30, 2e al., LPP; art. 331 c, 4e al., lettre b, chiffre 3, CO)

Dans son arrêt du 29 avril 1987 en la cause R. P., qui sera publié prochainement dans la RCC, le TFA a décidé qu'une institution de prévoyance (il s'agit en l'espèce d'une institution cantonale de droit public) ne peut, dans son règlement, exclure le paiement en espèces, prévu par la loi de la même manière pour la prévoyance obligatoire et pour la prévoyance plus étendue, de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier, lorsque celle-ci met fin à son activité lucrative. Ladite institution y avait vu une inégalité de traitement, contraire à la Constitution, entre l'homme et la femme (art.4, 2e al., Cst.), qu'elle voulait éliminer en invoquant l'autonomie reconnue à chaque institution de prévoyance (art. 49, 1er al., et 50 LPP). Le Tribunal a laissé indécise la question de la constitutionnalité en alléguant qu'il n'a pas la compétence d'examiner si les lois fédérales sont conformes à la Constitution (art. 113, 3e. al., et 114bis, 3e al., Cst). En ce qui concerne l'autonomie, celle-ci ne permet pas à l'institution de prévoyance de s'écarter des dispositions de la LPP et du CO concernant le paiement en espèces de la prestation de libre passage.

Indication

18 Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre

(Art. 29, 1^{er} al., LPP)

L'assuré a droit à une prestation de libre passage, en vertu de l'article 27, 2^e alinéa, LPP, lorsque ses rapports de travail ont été dissous avant la survenance d'un cas d'assurance et qu'il quitte l'institution de prévoyance. L'article 29, 1^{er} alinéa, LPP, ajoute que le montant de la prestation de libre passage doit être transféré à la nouvelle institution de prévoyance. Cette disposition définit la forme que revêt normalement la prestation de libre passage. Elle vise principalement le cas où l'assuré, qui quitte son emploi et par la même occasion son employeur, entre dans une nouvelle institution de prévoyance. Certains problèmes ont surgi dans la pratique concernant le caractère impératif ou non de cette disposition en raison de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1987, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986 (RS 831.425). La question se pose notamment de savoir si l'assuré sortant a son mot à dire sur le transfert de la prestation de libre passage et s'il peut faire transférer celle-ci sur une police de libre passage ou un compte de libre passage, au lieu de l'apporter dans la nouvelle institution de prévoyance (cf. art. 13, 3^e al., de l'ordonnance).

Pour comprendre le mécanisme de l'article 29, 1^{er} alinéa, LPP, on peut partir de l'idée que lorsque la nouvelle institution de prévoyance est connue, l'ancienne caisse doit normalement lui transférer la prestation de libre passage de l'assuré sortant. En effet, il est important que l'avoir de vieillesse parvienne à la nouvelle caisse afin d'éviter que l'assuré ne subisse une lacune d'assurance, en cas d'invalidité par exemple. En pareil cas, en vertu de la LPP, les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures viennent s'ajouter à l'avoir de vieillesse existant (cf. art. 24, 2^e al., LPP). L'assuré a donc tout avantage à conserver intact son avoir de vieillesse plutôt qu'éparpillé à différents endroits. La nouvelle institution de prévoyance poursuivra la tenue du compte de vieillesse de l'assuré et garantira les prestations minimales découlant de la loi. Celles-ci doivent être adaptées au renchérissement (art. 36 LPP) et sont garanties par le fonds de garantie en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Les dispositions précitées indiquent clairement que l'assuré sortant a le droit d'exiger le transfert de la prestation de libre passage de l'ancienne à la nouvelle institution de prévoyance. Ni l'une ni l'autre ne saurait s'y opposer en arguant par exemple que leur règlement ne prévoit pas une telle possibilité.

L'ancienne caisse pourrait-elle transférer la prestation de libre passage à la nouvelle caisse contre la volonté du salarié?

L'application stricte de l'article 29, 1^{er} alinéa, LPP, n'est possible que dans la mesure où l'ancienne caisse dispose de tous les éléments nécessaires pour opérer le transfert. Or, seul l'assuré sortant a entre les mains toutes les informations utiles et il ne saurait être contraint de les communiquer à des tiers. Le transfert de la prestation de libre passage à la nouvelle institution de prévoyance repose donc essentiellement sur le consentement de l'assuré. C'est par ailleurs la raison pour laquelle l'article 13, 4^e alinéa, de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage donne la possibilité à l'institution de prévoyance, à défaut de réponse dans les trente jours quant au sort de la prestation de libre passage de l'assuré sortant (cf. art. 13, 3^e al., de l'ordonnance), de décider elle-même, sur la base de la loi et de son règlement, du mode de maintien de la prévoyance.

L'assuré qui change d'emploi peut-il être contraint par l'institution de prévoyance de son nouvel employeur de lui remettre sa prestation de libre passage?

Ce peut être le cas lorsque cette dernière prévoit expressément dans son règlement que tout nouvel assuré est tenu d'apporter sa prestation de libre passage. En effet, les statuts d'une institution de prévoyance sont partie intégrante des rapports de travail. En acceptant le nouvel emploi aux conditions ainsi fixées, l'assuré s'oblige donc contractuellement à faire transférer auprès d'elle sa prestation de libre passage.

L'application stricte du règlement pourrait cependant aboutir dans certains cas à des résultats choquants. Aussi appartient-il aux caisses de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application et d'avoir toujours à l'esprit que l'article 29, 1^{er} alinéa, LPP, doit servir avant tout l'intérêt de l'assuré. Ainsi l'assuré qui quitte provisoirement son ancienne caisse pour travailler chez un nouvel employeur (en cas de stage de formation par exemple) a intérêt à éviter le transfert aller et retour de la prestation de libre passage. En pareils cas les caisses intéressées ont elles aussi intérêt à une solution simple sur le plan administratif.

Prévoyance plus étendue

Les considérations qui précèdent valent également, en principe, pour la prévoyance plus étendue. Il faut en effet éviter autant que possible un partage de la prestation de libre passage, qui serait contraire à l'esprit de notre législateur. Ce dernier en effet s'est efforcé d'intégrer sans heurt le 2^e pilier obligatoire dans le régime de prévoyance déjà existant et d'harmoniser en particulier la prestation de libre passage LPP avec celle du CO. La seule exception à ce principe serait le cas où la nouvelle institution de prévoyance se limiterait strictement à l'application du régime obligatoire ou n'aurait pas besoin de la totalité du montant de la prestation de libre passage. L'assuré a alors la possibilité de faire transférer le surplus sur une police de libre passage ou un compte de libre passage.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 2

Indication

12 Paiement des intérêts en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

(art. 29 et 30 LPP; art. 331c, 1^{er} et 4^e al., CO)

Il arrive fréquemment dans la pratique que le salarié, qui quitte l'institution de prévoyance à laquelle il était affilié, doive attendre des semaines, voire des mois avant que la prestation de libre passage ne soit transférée auprès de l'institution de prévoyance de son nouvel employeur, d'une compagnie d'assurance, d'une banque ou payée en espèces (art. 29, 30 LPP et art. 331c, 1^{er} et 4^e al., CO).

Se pose dès lors la question de savoir si et, dans l'affirmative, à quel taux l'institution de prévoyance est tenue au versement d'intérêts sur la prestation de libre passage lorsque cette dernière, à la fin des rapports de travail, n'a pas été immédiatement transférée.

Dans le cadre du régime obligatoire où la prévoyance vieillesse découle du contrat de travail, cette question trouve une réponse affirmative : la prestation de libre passage, de par la loi, porte intérêt jusqu'au jour du paiement de la prestation de libre passage (art. 11, 3^e al., let. a, OPP 2) à un taux de 4 pour cent (art. 12 OPP 2).

Dans le cadre de la prévoyance pré- ou sur-obligatoire cette question ne trouve pas de réponse dans la loi. Dans un avis de droit, l'Office de la justice parvient au résultat suivant:

En principe, le contrat de prévoyance qui entre en ligne de compte en pareil cas est régi par les dispositions du Code des obligations (CO). Cependant les dispositions générales du CO ne

contiennent qu'une réglementation morcelée et lacunaire qui ne favorise pas, souvent en raison du caractère particulier du rapport de prévoyance, la recherche de solutions concrètes à la résolution de ce problème. L'application par analogie des dispositions de l'AVS/AI ou de la LAA n'apporte pas non plus de résultat satisfaisant.

C'est pourquoi, lorsque des problèmes ne peuvent être résolus de manière probante à l'aide de dispositions générales du CO, il semble plus logique et approprié, - ce qui par ailleurs est plus conforme à la nature du contrat de prévoyance - de rechercher des solutions en appliquant par analogie les dispositions du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. Or on trouve dans le régime obligatoire une réglementation particulière (cf. les dispositions précitées de l'OFF 2) intéressante à plus d'un titre: elle fait abstraction de la mise en demeure et pose le principe d'un droit durable à des intérêts en se fondant non pas sur le taux d'intérêt moratoire de 5 pour cent découlant du Code des obligations mais sur un taux légal de 4 pour cent. Il y a lieu d'en tenir aussi compte dans le régime pré- ou sur-obligatoire.

On parvient donc, en résumé, à la conclusion que dans la prévoyance pré- ou sur-obligatoire, en application par analogie des articles 11, 3e alinéa, lettre a et 12 OPP 2, la prestation de libre passage doit être aussi créditée d'un intérêt de 4 pour cent depuis le jour où elle est devenue exigible jusqu'à son transfert définitif.

Bulletin de la prévoyance professionnelle No 1

Indications

3 Prestation de libre passage versée en espèces et prestation de vieillesse servie en capital

(art. 27, 2e al., 30 et 37 LPP)

La LPP prévoit l'octroi d'une prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. Lorsque certaines conditions sont remplies, cette prestation peut être versée en espèces, notamment dans les cas suivants: départ définitif pour l'étranger, établissement à son propre compte, fin de l'activité lucrative exercée par une femme mariée.

Mais cette disposition n'est applicable - cela ressort clairement des termes de l'article 27 LPP - que si l'assuré n'a droit à aucune prestation pour cause de vieillesse ou d'invalidité au moment où il quitte l'institution de prévoyance. Il en va d'ailleurs de même dans la prévoyance libre, régie par les articles 331a et 331b du code des obligations. Par conséquent, l'assuré qui a atteint la limite d'âge (65 ans pour les hommes, 62 ans pour les femmes), n'a plus droit à une prestation de libre passage mais seulement à des prestations de vieillesse.

Il en va de même des personnes qui, en vertu du règlement de leur caisse, ont droit à la retraite avancée. Celui qui remplit les conditions de la retraite avancée n'a plus droit à une prestation de libre passage mais seulement à des prestations de vieillesse. Cette possibilité est prévue à l'article 13, 2e alinéa, LPP, qui permet de faire coïncider la naissance du droit aux prestations de vieillesse avec la fin de l'activité lucrative.

Contrairement à la prestation de libre passage, la prestation de vieillesse est versée en règle générale sous la forme d'une rente. Il y a certes des exceptions (l'assuré veut consacrer la moitié de la prestation de vieillesse qui lui est due à l'acquisition de son propre logement, aux conditions fixées à l'art. 37, 4e al., LPP). Il se peut également que l'institution de prévoyance admette, dans son règlement, le versement de prestations de vieillesse sous la forme d'un capital; mais elle n'y est pas obligée. Par conséquent, un assuré qui atteint l'âge de la retraite et qui a l'intention de quitter

définitivement la Suisse ne peut pas exiger le versement d'une prestation de vieillesse en capital en s'appuyant sur une disposition légale régissant le versement de la prestation de libre passage en espèces.

4 Versement de la prestation de libre passage en espèces en cas de départ définitif pour l'étranger

(art. 30, 2e al., let. a, LPP et art. 331c, 4e al., let. b, eh. 1, CO)

Les dispositions ci-dessus prévoient que la prestation de libre passage est payée en espèces lorsque la demande en est faite par un ayant droit qui "quitte définitivement la Suisse". Or il arrive parfois que des salariés renoncent à leur départ ou reviennent en Suisse sitôt après avoir obtenu le paiement en espèces de leur prestation de libre passage. De tels abus ne sont pas admissibles et la question se pose de savoir comment les empêcher.

La suggestion a été faite d'obliger les salariés qui reviennent en Suisse dans de telles conditions de rembourser à leur institution de prévoyance la prestation de libre passage dont ils ont obtenu abusivement le paiement en espèces. Mais une telle solution n'est toutefois guère réalisable dans la pratique. Non seulement elle reposerait sur une base juridique fragile, mais encore l'institution de prévoyance qui a payé la prestation de libre passage en espèces n'a aucun intérêt à ce que ce montant lui soit remboursé, dès lors que le salarié a quitté l'entreprise. Il lui faudrait le transférer sur-le-champ à l'institution de prévoyance du nouvel employeur, ou faire établir une police ou un compte bancaire de libre passage.

Il n'est pas non plus possible de combattre ce genre d'abus en refusant systématiquement au travailleur étranger qui s'en est rendu coupable le droit de revenir en Suisse. L'article 9, 3e alinéa, de la loi fédérale du 26 mars 1931, sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), dispose que l'autorisation d'établissement prend fin "lorsque l'étranger annonce son départ ou qu'il a séjourné effectivement pendant six mois à l'étranger; sur demande présentée au cours de ce délai, celui-ci peut être prolongé jusqu'à deux ans". Or, dans un récent arrêt du 23 avril 1986, le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler à une annonce de départ, au sens de la LSEE, la déclaration faite par un étranger à son employeur qu'il allait quitter définitivement la Suisse. L'annonce de départ, pour mettre fin à l'autorisation d'établissement, doit en effet être adressée à la police des étrangers compétente. Même si la déclaration du salarié à son employeur n'était pas correcte, et qu'elle a été faite dans le seul but d'obtenir le versement en espèces de la prestation de libre passage, elle ne saurait déployer des effets dans le domaine du droit d'établissement.

Le Tribunal fédéral est d'avis que c'est aux institutions de prévoyance et aux autorités compétentes en matière de prévoyance professionnelle qu'il appartient de prendre des mesures propres à empêcher de tels abus. C'est à elles de veiller à ce que la prestation de libre passage ne soit versée en espèces que sur la base d'une attestation de la police des étrangers établissant que le droit d'établissement est définitivement éteint.

Cette remarque du Tribunal fédéral devrait engager les institutions de prévoyance à exiger systématiquement une telle attestation, chaque fois qu'un étranger au bénéfice d'un permis d'établissement ou de séjour demande le versement de la prestation de libre passage en espèces en invoquant son départ définitif pour l'étranger. Dans nombre de cas, une telle pièce devrait pouvoir être considérée comme une preuve suffisante que le requérant quittera définitivement la Suisse. En cas de doute (par exemple lorsque le requérant a épousé une Suissesse et qu'il n'est de ce fait pas soumis aux mesures de contingentement de la main d'œuvre étrangère), il convient d'exiger de lui des pièces justificatives supplémentaires établissant, par exemple, qu'il a pris un emploi durable à l'étranger, en dehors de la région frontalière, et qu'il y a acquis un logement pour lui et sa famille.

Quant aux saisonniers, leur situation se présente sous un jour différent, du fait qu'ils n'ont de toute manière aucune garantie de pouvoir revenir en Suisse l'année suivante (contingentement). Le caractère définitif de leur départ n'apparaît le plus souvent qu'après un certain temps. Dans leur cas, il est par conséquent en général justifié de subordonner à un délai d'attente approprié (par ex. 6 mois ou une année) le versement en espèces de leur prestation de libre passage.

5 L'imposition d'un délai d'attente dans les cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage

(art. 30, 2e al., LPP et art. 331c, 4e al., let. b, CO)

On peut constater dans la pratique que des règlements d'institutions de prévoyance font dépendre le paiement en espèces de la prestation de libre passage de l'observation d'un délai d'attente (3 mois, 6 mois, 1 année et même plus).

Ce délai d'attente a manifestement pour but le libre passage. Il sert également à libérer la caisse d'une responsabilité éventuelle au cas où l'on pourrait lui reprocher d'avoir fait preuve de négligence en cédant trop rapidement à la demande de l'assuré. L'imposition d'un délai d'attente tend donc tout aussi bien à protéger les intérêts de l'assuré que ceux de la caisse elle-même. Cependant si cette intention est louable, il peut arriver qu'elle aboutisse à des fins contraires lorsque la durée du délai d'attente est trop longue compte tenu des circonstances du cas d'espèce. La durée d'un tel délai d'attente est en principe laissée à l'appréciation de la caisse mais elle ne doit pas avoir un caractère prohibitif. Elle peut varier suivant le genre de cas:

Cas où l'assuré quitte définitivement la Suisse

La loi prescrit deux conditions que l'assuré doit remplir:

- a. Il faut qu'il quitte la Suisse;
- b. Ce départ doit être définitif.

Or, il arrive souvent dans la pratique que le caractère définitif du départ n'apparaisse qu'au bout d'un certain temps. Par exemple, l'assuré qui quitte la Suisse a l'intention d'y revenir s'il ne trouve pas d'emploi dans son pays d'origine. En pareil cas, l'introduction d'un délai d'attente sert de présomption attestant le caractère définitif du départ. Un tel délai n'est pas contraire à l'esprit de la loi. Cependant, cela n'implique pas nécessairement qu'une caisse soit tenue de l'observer dans tous les cas. Si l'assuré fournit des preuves suffisantes quant au caractère définitif du départ - telle par ex. une attestation de la police des étrangers établissant que le droit d'établissement est définitivement éteint, etc. (cf. No 4 ci-dessus) - le maintien à tout prix du délai d'attente pourrait être considéré comme arbitraire. Pour ce qui est de sa durée, un délai de 6 mois ou une année peut être considéré comme raisonnable.

Cas où l'assuré s'établit à son propre compte

L'opportunité d'un délai d'attente est problématique en pareil cas. L'assuré a justement besoin de sa prestation de libre passage pour asseoir son activité lucrative. La caisse doit certes s'assurer que le requérant s'établit effectivement à son propre compte. Mais elle ne peut pas, en revanche, exiger de lui la garantie que son initiative aura le succès désiré. C'est pourquoi l'introduction d'un délai d'attente ne devrait revêtir qu'un caractère exceptionnel, si l'assuré n'a pas fourni de preuves suffisantes attestant son intention de s'établir comme indépendant, ou s'il ressort des circonstances que son intention n'est pas sérieuse.

Cas de la femme mariée ou sur le point de se marier qui cesse d'exercer une activité lucrative

Deux conditions doivent être remplies par la requérante. Il faut :

- a. Qu'elle soit mariée ou sur le point de se marier et
- b. Qu'elle cesse toute activité lucrative.

La cessation de l'activité lucrative doit avoir un caractère durable. En effet, l'esprit de la loi ne serait pas respecté si la femme mariée ou sur le point de se marier poursuivait une activité lucrative sitôt après avoir demandé et obtenu le versement de sa prestation de libre passage en espèces. En pareil cas, l'introduction d'un délai d'attente n'est pas contraire à la LPP et peut constituer une présomption que la requérante a effectivement cessé d'exercer une activité lucrative. Il y a toutefois lieu de faire preuve d'une certaine souplesse dans son application. Si d'autres circonstances du cas d'espèce font apparaître clairement que la salariée cesse toute activité lucrative, le maintien du délai d'attente devient superflu. Peuvent constituer des éléments déterminants, à cet égard, le fait d'être enceinte ou encore de renoncer aux indemnités de l'assurance-chômage.