

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 3

du 22. avril 1987

TABLE DES MATIERES

- 17** Contrôle de la réaffiliation de l'employeur
- 18** Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre
- 19** A propos de la notion de "subvenir de façon substantielle"
- 20** Taux de cotisation au fonds de garantie
- 21** Les créances considérées comme placements
- 22** Jurisprudence; compétence des tribunaux cantonaux
- 23** "Libre transfert" dans la prévoyance individuelle liée
- 24** Que deviennent les réserves de cotisations d'employeur en cas de résiliation du contrat d'affiliation, l'employeur ayant fermé son entreprise?

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

17 Contrôle de la réaffiliation de l'employeur

(Art. 11 LPP)

L'OFAS a publié, en date du 7 mai 1986, des directives qui règlent aussi, sous les Nos 19 à 23, la procédure à suivre et la compétence en cas de contrôle de la réaffiliation de l'employeur à une institution inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Ces directives ont été concrétisées, en ce qui concerne l'avis de dissolution, par une circulaire du 16 mai 1986 qui s'adresse aux institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS. Il y est prescrit notamment que l'avis concernant la dissolution d'une convention d'adhésion doit être envoyé à l'autorité de surveillance LPP du canton dans lequel l'employeur a son domicile ou son siège.

Le comité de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP a publié, dans la Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (fascicule 1/1987), sa décision du 7 novembre 1986, selon laquelle il est recommandé aux institutions de prévoyance d'adopter une procédure qui s'écarte en partie de celle prescrite par l'OFAS. Autant que les recommandations de ce comité précisent, dans le cadre des directives de l'OFAS, la procédure de communication, celui-ci n'a pas d'objection à formuler. En revanche, sur les points où elles sont en contradiction avec les directives de l'OFAS, ces recommandations doivent être considérées comme nulles et non avenues.

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, 1er 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, 4e 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, 3e 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, 1er 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 2e 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.

19 A propos de la notion de "subvenir de façon substantielle"

(art. 29, 4e al., LPP et art. 6, 1er al., lettre b, chiffre 2, de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance; art. 82 LPP et art. 2, 1er al., lettre b, chiffre 2, OPP 3)

Ces deux dispositions prévoient que l'on peut considérer aussi comme bénéficiaires les personnes à l'entretien desquelles le preneur de prévoyance subvenait de façon substantielle.

Ce critère ne s'applique pas seulement aux cas dans lesquels il existe une dette alimentaire au sens de l'art. 328 CCS; il peut y avoir aussi d'autres situations où une personne est effectivement assistée par le preneur de prévoyance. Ainsi, la personne qui vit avec celui-ci en concubinage peut aussi, le cas échéant, être bénéficiaire dans ce sens-là.

Quels sont les critères qui peuvent servir à trancher la question? Le preneur de prévoyance doit assumer, à l'égard du bénéficiaire, la fonction d'un soutien. On peut admettre que tel est le cas lorsqu'il subvient, pour plus de la moitié, à l'entretien de la personne assistée. Dans tous les cas, le bénéficiaire doit être une personne qui dépend du preneur sur le plan économique et non seulement sur le plan psychologique. Cela se produit lorsque l'ayant droit est exposé à devoir adopter un mode de vie sensiblement plus modeste que jusqu'à présent. Il doit être en mesure de maintenir son mode de vie habituel.

Une assistance peut être accordée aussi bien en vertu d'une prescription légale que sur la base d'une convention, notamment d'une convention librement conclue.

En outre, l'assistance doit être accordée régulièrement. La question de savoir si le partenaire, dans un concubinage, peut être un bénéficiaire dépend donc aussi de la durée de ce concubinage. Evidemment, des difficultés de délimitation surgissent dans l'examen des cas particuliers. Pour les surmonter, il paraît justifié de se fonder, à titre d'hypothèse, sur une durée de 5 ans au moins (voir aussi ATF 109 II 188).

C'est le donneur de prévoyance qui doit, dans chaque cas, examiner si les conditions sont remplies. Il dispose à cet effet d'une certaine marge d'appréciation. Cependant, c'est le bénéficiaire qui a le fardeau de la preuve. Il se justifie par conséquent de désigner ce bénéficiaire dans la convention de prévoyance.

20 Taux de cotisation au fonds de garantie LPP

(Art. 59 LPP et art. 4 OFG 2)

Le 22 septembre 1986, le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation fixé par le Conseil de fondation du "fonds de garantie LPP". Il s'élève à 2 pour mille de la somme des salaires coordonnés conformément à la LPP. La première cotisation au fonds de garantie sera déterminée sur la base des salaires coordonnés de 1987 et payée jusqu'au 30 juin 1988 au plus tard.

21 Les créances considérées comme placements

(art. 71, 1er al., LPP, art. 54, lettre a, et 59 OPP 2)

L'article 54, lettre a, OPP 2 prévoit que les institutions de prévoyance peuvent placer toute leur fortune sous forme de créances. On notera, à ce propos, que celles-ci ne doivent pas, en principe, concerner un seul débiteur, mais qu'elles doivent être réparties entre plusieurs débiteurs en tranches de 15% au plus. Cette règle de diversification, créée pour des raisons de sécurité, ne vaut cependant pas, selon la teneur de la disposition citée, lorsque le débiteur est la Confédération, un canton ou une banque. On peut se demander pourquoi les communes et les institutions d'assurance n'y sont pas mentionnées.

1. Il faut partir du principe que les communes, d'une manière générale, n'ont pas la même importance économique et financière que la Confédération ou les cantons et ne peuvent, par conséquent, offrir les mêmes garanties. Toutefois, il existe en Suisse des communes qui ont, de ce point de vue, une assise financière supérieure à celle de certains cantons. Les villes les plus importantes, qui constituent en quelque sorte les centres économiques de notre pays, occupent à cet égard un rang bien plus élevé que certains petits cantons agricoles. Il ne semble donc pas très équitable qu'une telle ville ne puisse profiter de l'exception prévue par l'art. 54, lettre a, OPP 2.

L'on a renoncé dans l'ordonnance à prévoir une prise en considération différenciée des communes débitrices au sens de l'art. 54, lettre a, OPP 2. Cela n'empêche pas, cependant, qu'on le fasse tout de même dans des cas particuliers et compte tenu de toutes les circonstances, en appliquant l'art. 59 OPP 2.

2. Les banques ne sont pas touchées par la règle de diversification de l'art. 54, lettre a, OPP 2, parce qu'elles sont soumises à la surveillance de l'Etat, c'est-à-dire de la Commission fédérale des banques, et peuvent ainsi garantir au créancier une sûreté particulière. Ceci vaut cependant aussi, dans une mesure au moins aussi grande, pour les institutions d'assurance. Ces dernières sont également soumises à une surveillance très stricte et préventive: celle de l'Office fédéral des assurances privées. Cet organe de l'administration surveille toute la gestion des institutions d'assurance. Il veille notamment à ce que celles-ci restent solvables, et intervient lorsque des circonstances fâcheuses mettent en danger les intérêts des assurés (art. 17 LSA). En attendant un réexamen éventuel des directives sur les placements lors d'une révision de l'OPP 2, il est possible d'assimiler les institutions d'assurance aux banques, au sens de l'art. 54, lettre a, OPP 2, non pas d'une manière générale, mais dans les cas particuliers, en appliquant l'art. 59 OPP 2.

22 Jurisprudence; compétence des tribunaux cantonaux

(art. 73 LPP)

Le Tribunal fédéral des assurances a décidé, dans son arrêt du 12 décembre 1986 en la cause J. St. (RCC 1987, p. 179), que l'art. 73 LPP est applicable seulement aux cas où l'événement assuré est survenu après l'entrée en vigueur de la LPP, donc après le 1er janvier 1985.

Le tribunal a décidé, dans ce même arrêt, que les fondations de prévoyance en faveur du personnel n'ont pas droit aux dépens, en règle générale, lorsqu'elles

obtiennent gain de cause. Cette décision pourrait être valable aussi pour les institutions de prévoyance qui revêtent une autre forme juridique, p. ex. celle d'une société coopérative ou d'une institution de droit public.

23 "Libre transfert" dans la prévoyance individuelle liée

(Art. 82 LPP; art. 3, 2e al., let. b, OPP 3)

Le versement des prestations de vieillesse de la prévoyance individuelle liée avant la date prévue par l'art. 3, 1er al., OPP 3 (ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance) est possible lorsque le preneur de prévoyance a l'intention d'utiliser la prestation payable pour une autre forme reconnue de prévoyance (art. 3, 2e al., lettre b, OPP 3). Ainsi, une pleine liberté de transfert est accordée entre toutes les formes reconnues de prévoyance, c'est-à-dire entre une convention de prévoyance avec une fondation bancaire et un contrat de prévoyance avec un établissement d'assurance (art. 1er, 1er à 3e al., OPP 3).

Dans la pratique, il faut constater cependant que certaines fondations bancaires permettent la résiliation d'une convention seulement lorsque le preneur de prévoyance a l'intention de transférer le capital accumulé dans le cadre de cette convention, en vertu d'un contrat de prévoyance, à une société d'assurance. Cette restriction contractuelle du libre transfert garanti par l'OPP 3 n'est pas admissible sans l'accord du preneur de prévoyance.

24 Que deviennent les réserves de cotisations d'employeur en cas de résiliation du contrat d'affiliation, l'employeur ayant fermé son entreprise?

(Art. 331ss CO)

L'employeur peut - même après l'entrée en vigueur de la LPP - verser certains montants à l'institution de prévoyance qu'il a chargé d'appliquer la prévoyance professionnelle, afin de les utiliser comme réserve pour le paiement de ses cotisations (réserve de cotisations d'employeur). Il peut déduire ces cotisations de son revenu, en matière fiscale, jusqu'à une certaine limite¹.

Que deviennent ces réserves de cotisations lorsque l'employeur ferme son entreprise et, par conséquent, résilie les contrats de travail avec ses salariés, si bien que le contrat d'affiliation à l'institution de prévoyance devient caduc?

1. Par suite du transfert du montant désigné comme réserve de cotisations d'employeur à l'institution de prévoyance, cette fortune cesse d'être à la libre disposition de l'employeur et d'être sa propriété; elle devient, tout en étant affectée à des fins déterminées, la propriété de ladite institution. Ce montant devient ainsi, dans une fondation, un élément de sa fortune. Pour des motifs relevant du droit des fondations, mais aussi pour des raisons d'ordre fiscal, il ne peut plus être restitué à l'employeur (cf. Riemer, Berner Kommentar zum Stiftungsrecht, N 284 ST).

¹ Impôt fédéral: déduction normale 3 cotisations annuelles, déduction max. 5 cotisations. Canton de Berne: déduction normale 5 cotisations annuelles

2. a. Que reste-t-il donc à faire de cette fortune en cas de résiliation du contrat d'affiliation par suite de la fermeture de l'entreprise? Notons tout d'abord qu'il ne s'agit pas là d'une fortune qui ait un rapport direct avec le libre passage. Cela n'est le cas que lorsque l'employeur a déjà fait transférer, au moyen de la réserve de cotisations, sa cotisation sur le compte de vieillesse de l'assuré. Par suite de la résiliation de la convention d'affiliation et de la liquidation consécutive de la caisse d'entreprise qui était gérée au sein d'une institution de prévoyance commune ou collective, par suite également de la suppression du rôle d'employeur assumé jusqu'à présent par l'affilié, la qualification de la fortune change: la fortune affectée à des fins spécifiques devient un élément de fortune libre de l'institution. Elle doit cependant servir, comme par le passé, à la prévoyance professionnelle des assurés concernés par la liquidation de la caisse. Cette qualification limite aussi le risque de voir l'employeur accumuler des réserves de cotisations trop élevées (privilégiées fiscalement), qui ne seraient pas proportionnées à ses futurs paiements prévisibles de cotisations et viseraient seulement à lui faire payer moins d'impôts, ce qui constituerait un abus.

b. Cette fortune de l'institution de prévoyance désormais libérée par suite de la fermeture de l'entreprise et de la résiliation de l'affiliation doit être portée au crédit des assurés selon une clé appropriée, c'est-à-dire objectivement motivée en matière de prévoyance, comme pour la liquidation d'une institution de prévoyance. Si l'employeur figure aussi parmi ces assurés, il obtiendra évidemment une part de cette fortune.

Cela ne signifie cependant pas une restitution partielle des montants qu'il a payés naguère comme réserve de cotisations. Il faut songer également, comme lors de la liquidation d'une institution de prévoyance, jusqu'à une certaine date, aux salariés qui ont quitté l'entreprise déjà avant sa fermeture. Ils ont eux aussi, en principe, un droit fondé sur des critères objectifs - à une part de la fortune.

3. Quels sont donc ces critères de partage dûment motivés en matière de prévoyance? Ils peuvent être les suivants:

- âge de l'assuré
 - état civil
 - salaire touché et fonction assumée dans l'entreprise
 - obligations familiales
 - durée des rapports de service chez l'employeur en question
 - date de la résiliation du contrat de travail
 - somme des cotisations payées - avoir de vieillesse
- etc.

Cette liste de critères n'est pas exhaustive; elle peut être complétée ou précisée par d'autres éléments. Cependant, il serait inadmissible de tenir compte de faits et de circonstances qui ne peuvent avoir un rapport avec la prévoyance professionnelle, p. ex. la religion, l'appartenance à un parti ou la nationalité.

4. Le montant libéré par suite de la fermeture d'une entreprise et de la dissolution d'une convention de prévoyance n'est pas versé en espèces aux assurés; il doit, bien plutôt, être transféré, conformément à l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance, à leur nouvelle institution de prévoyance, sur un compte de libre passage ou sur une police de libre passage. La réserve de cotisations

accumulée par les versements de l'employeur était, en effet, destinée exclusivement à la prévoyance professionnelle des assurés. La fortune doit continuer d'être affectée par principe à ce but, même après la cessation de l'activité de l'employeur. Restent réservés, bien entendu, les cas où il existe un motif légal d'effectuer des paiements en espèces.