

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 8

du 30 mars 1988

TABLE DES MATIERES

- 46** Dissolution de contrats d'affiliation
- 47** "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession"
- 48** L'évaluation des placements en actions et la manière de procéder en cas de découverts
- 49** Jurisprudence; arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contentieux dans la prévoyance professionnelle
- 50** Les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle
- 51** Divers
 - 1. Liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle
 - 2. Journées d'information de l'OFAS en prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance
 - 3. Ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance. l'égard d'une institution d'assurance

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.

46 Dissolution de contrats d'affiliation

(art. 11 LPP)

Dans les Bulletins de la prévoyance professionnelle no 1 du 24 octobre 1986, sous chiffre marginal 1, et no 5 du 1er octobre 1981, sous chiffre marginal 30, déjà, nous nous sommes prononcés sur le contrat d'affiliation conclu entre l'institution de prévoyance et l'employeur. Ci-après, nous signalons en particulier certains principes à observer lors de la dissolution de tels contrats.

Les employeurs occupant des salariés soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle doivent s'affilier, conformément à l'article 11, 1er alinéa, LPP à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. Dans la pratique, la dissolution de ces contrats d'affiliation entre institutions de prévoyance collectives et employeurs a soulevé des questions et problèmes qui appellent certains éclaircissements. Les considérations suivantes laissent de côté les difficultés particulières rencontrées par l'institution supplétive en matière d'affiliation d'employeurs récalcitrants.

1. Aspects juridiques généraux

1.1 La nature juridique du contrat d'affiliation

Le contrat d'affiliation conclu entre un employeur occupant des salariés soumis à la LPP, d'une part, et une institution de prévoyance enregistrée, de l'autre, contient plusieurs éléments. Ceux-ci ont avant tout trait au droit des assurances ainsi qu'aux dispositions légales relatives au mandat. Pour les institutions de prévoyance constituées sous la forme d'une fondation, d'une coopérative et pour les institutions de droit public, il faut en outre observer les règles fixées dans le droit correspondant (droit des fondations, des sociétés coopératives, droit public). L'élément ou les règles prédominants dans chaque contrat d'affiliation ne peuvent être déterminés que sur la base d'une analyse du cas d'espèce en s'appuyant sur la situation concrète. On peut néanmoins souligner à ce propos que l'obligation de l'employeur fixée à l'article 11, 1er alinéa, LPP, de s'affilier à une institution de prévoyance enregistrée n'est pas de nature à qualifier le rapport juridique correspondant avec l'institution de prévoyance concernée.

1.2 La durée du contrat d'affiliation

Pour ce qui est de la formation du contrat d'affiliation, il est d'abord souhaitable que le contrat conclu avec une institution de prévoyance dure jusqu'au moment où l'employeur concerné, qui continue d'occuper des salariés soumis à la LPP, aura conclu pour ceux-ci un contrat d'affiliation avec une autre institution de prévoyance enregistrée ou aura éventuellement été affilié à l'institution supplétive. De toute façon, les fonds (avoir de vieillesse) constitués au sein de l'ancienne institution de prévoyance devraient pouvoir être transférés sans interruption à la nouvelle institution de prévoyance.

La dissolution du contrat d'affiliation passé entre un employeur et une institution de prévoyance de droit privé s'effectue selon les règles du droit des contrats contenu dans le Code des obligations. Ce rapport juridique ne cesse toutefois pas

automatiquement avec l'épuisement des moyens disponibles pour les prestations à fournir par l'institution de prévoyance. La prévoyance professionnelle au sens de la LPP est une obligation légale permanente de l'employeur, laquelle ne dépend en principe pas des moyens disponibles. Cette obligation existe aussi longtemps que l'employeur occupe des salariés qui, quant à leur revenu et leur âge, sont assujettis au régime obligatoire. La durée pendant laquelle un employeur doit rester affilié à une certaine institution de prévoyance n'est cependant pas fixée par la loi. Elle doit au contraire être déterminée entre les parties dans le cadre de la liberté contractuelle générale.

Dans la pratique, on convient souvent d'une durée contractuelle de 5, 8 ou 10 ans en prévoyant une clause permettant de prolonger le contrat ou, sous réserve d'une déclaration contraire dans un certain délai avant l'expiration du contrat, de le reconduire tacitement à chaque fois pour une année. Si la durée du contrat est fixée, les parties ne peuvent pas s'interdire mutuellement l'usage de la liberté contractuelle dans une mesure contraire aux mœurs (cf. art. 27, 2e al. CC). Il n'existe toutefois pas de points de repère généraux ou abstraits relatifs à la durée maximale admise des différents liens juridiques résultant d'un contrat.

1.3 La résiliation du contrat d'affiliation

Le délai de résiliation approprié pour mettre un terme à un contrat à durée indéterminée est fixé à l'article 546 CO. On y prévoit, pour la dissolution d'une société simple formée pour une durée indéterminée, un délai de 6 mois, à chaque fois pour la fin d'un exercice. Cette réglementation est d'ailleurs appliquée dans tous les contrats à long terme qui ne prévoient pas d'autre délai de résiliation et ne sont pas régis par un autre droit. Elle paraît utile également pour les contrats d'affiliation, en particulier sous l'aspect de la LPP.

Il n'est pas certain qu'un contrat d'affiliation qui vise au moins à l'application du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle obligatoire selon la LPP puisse sans autre aussi être dissous par sa dénonciation. Selon l'esprit et le but de la prévoyance professionnelle fixée dans la LPP, une certaine continuité des contrats d'affiliation est, ne serait-ce que pour des raisons pratiques, pour le moins souhaitable, si ce n'est requise. Dans ce sens, l'article 11, 3e alinéa, LPP, en stipulant que le contrat d'affiliation est valable avec effet rétroactif, porte atteinte à la liberté contractuelle des parties. Par conséquent, l'institution de prévoyance doit fournir ses prestations également pour la période durant laquelle un employeur occupant des salariés soumis à la LPP ne s'est pas affilié à une institution de prévoyance ni n'a été affilié à l'institution supplétive. On ne peut cependant en aucun cas en déduire que la dissolution d'un contrat d'affiliation peut, elle aussi, intervenir avec effet rétroactif; au contraire, on pourrait en conclure que le législateur a voulu éviter un vide contractuel. En tout cas, on évitera de construire après coup une période non contractuelle, ce qui signifierait qu'un cas de prévoyance ou de libre passage survenu durant ce laps de temps devrait être repris de plein droit par l'institution supplétive. Une résiliation rétroactive doit néanmoins être admise si la nouvelle institution de prévoyance reprend de l'ancienne tous les droits et obligations à partir du moment de la dissolution du contrat d'affiliation en vigueur jusqu'à cette date; c'est-à-dire que les obligations de la nouvelle institution de prévoyance sont

coordonnées avec celles de l'ancienne dans le sens d'une continuité de la prévoyance.

1.4 La dissolution d'un contrat d'affiliation conclu avec une institution collective

S'il s'agit d'une institution collective qui groupe en règle générale un nombre élevé d'employeurs, on peut supposer que des contrats d'affiliation sont conclus et dissous fréquemment. Lors de la dissolution d'un contrat d'affiliation, on veillera donc, du point de vue du droit de surveillance, d'une part à ce que les règles concernant la dissolution du contrat et l'éventuel transfert de biens ne deviennent pas inopérantes pour des raisons pratiques, et, d'autre part, à maintenir quand même une protection minimale des assurés au terme du contrat d'affiliation. Sur le plan de l'organisation, la dissolution d'un contrat d'affiliation équivaut à la suppression d'une caisse de prévoyance et, sur le plan juridique, à la dissolution d'une partie non-indépendante de l'institution de prévoyance. A ce propos, on se conformera également, par analogie, aux règles générales concernant la dissolution partielle d'une fondation ou d'une coopérative.

Dans le cas d'une institution sous forme de **fondation** collective, la cessation du commerce d'un employeur ne doit toutefois pas nécessairement amener à une dissolution de la caisse de prévoyance concernée. Cette dissolution n'a lieu que si l'une des conditions citées à l'article 88 CCS est remplie. Aux termes de cette disposition, la dissolution n'est effective que si le but de la caisse de prévoyance - à savoir l'application du régime obligatoire LPP - a cessé d'être réalisable, par exemple lorsque l'employeur n'occupe plus de salariés à assurer obligatoirement. Le cas échéant, il ne reste plus à l'autorité de surveillance qu'à constater la dissolution de la caisse de prévoyance et à veiller au maintien du but recherché avec les biens y relatifs. Ce faisant, elle prendra soin de garantir au maximum la continuité de la prévoyance assumée jusqu'à ce jour. Ainsi, le chiffre 2 ci-après contient quelques principes relatifs à la procédure à suivre en cas de dissolution du contrat d'affiliation.

Au chapitre des institutions collectives, il faut encore se demander, à propos de la dissolution d'une petite caisse de prévoyance, si les principes mentionnés ci-après répondent aux exigences de la proportionnalité. C'est que des institutions collectives groupant des milliers, voire des dizaines de milliers d'employeurs enregistrent chaque année de nombreuses dissolutions de contrats d'affiliation. Celles-ci concernent naturellement surtout des caisses de prévoyance ne disposant que d'une fortune minime. Des dissolutions de contrats d'affiliation lors desquelles on peut s'attendre à ce que seul un montant peu élevé doit être transféré à une autre institution de prévoyance ou, le cas échéant, aux ayants droit ne doivent pas, selon le principe qui veut que la mesure doit être appropriée, entraîner des coûts et des travaux de contrôle et de surveillance excessifs. C'est ainsi qu'il serait certainement inadéquat, si la fortune de prévoyance s'élève à quelques centaines ou milliers de francs et s'il n'y a qu'un seul destinataire, d'exiger, aux frais de la caisse de prévoyance, donc de l'ayant droit, un rapport circonstancié de l'organe de contrôle et de l'expert, dont les frais d'honoraires risquent d'excéder de loin la fortune à contrôler.

Toujours est-il qu'il est nécessaire, même dans de tels cas, de procéder à un examen objectif des droits des assurés, du montant des moyens disponibles de la caisse de prévoyance et de s'assurer que le transfert, la distribution et l'inscription au crédit ont été corrects. Ainsi, dans les cas où la fortune de prévoyance est peu importante, on pourra certes renoncer à remettre un contrat de reprise à l'OFAS afin que celui-ci l'approuve. En revanche, l'organe responsable de l'institution de prévoyance concernée devra cependant de toute façon annoncer, avec copie à l'OFAS, la dissolution du contrat d'affiliation à l'organe de contrôle compétent. Celui-ci doit, dans le cadre de son contrôle ordinaire, examiner si la dissolution de la caisse de prévoyance ainsi que le transfert de la fortune se sont effectués de manière conforme, et le confirmer dans son rapport annuel de contrôle. Il en va de même lorsque la dissolution d'une caisse de prévoyance à la suite de la cessation d'un commerce de l'employeur s'accompagne de la résiliation des contrats de travail.

2. Principes quant à la procédure à appliquer lors de la dissolution du contrat d'affiliation

Les principes suivants ne s'appliquent qu'aux institutions de prévoyance enregistrées, placées sous la surveillance de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Ils ne lient pas d'autres autorités de surveillance ou judiciaires.

2.1 Procédure ordinaire

2.11 En règle générale, le contrat d'affiliation ne peut pas être résilié avec effet rétroactif, à moins que la nouvelle institution de prévoyance ne reprenne de l'institution de prévoyance qu'elle remplace, entièrement et avec effet rétroactif les droits et obligations découlant du contrat d'affiliation valable jusqu'alors.

2.12 Si l'employeur s'affilie à une autre institution de prévoyance enregistrée parce qu'il continue d'occuper des salariés soumis à la LPP, le contrat de reprise entre l'ancienne et la nouvelle institution de prévoyance doit être soumis dans les plus brefs délais à l'OFAS. Dans son rapport ordinaire, l'organe de contrôle doit en particulier confirmer que le bilan de clôture de la caisse de prévoyance et les droits des assurés ont été établis de manière conforme.

2.13 Si, dans l'exercice de la surveillance, l'OFAS constate des insuffisances relatives à la dissolution de la caisse de prévoyance et au transfert de la fortune ainsi que de ses droits et obligations à une autre institution de prévoyance, il en avise ladite institution de prévoyance et son organe de contrôle et ordonne les mesures qui conviennent.

2.14 Si le contrat de reprise est conforme à la loi, aux ordonnances et au règlement, il est approuvé par l'OFAS, sous réserve de l'attestation de l'organe de contrôle au sens du chiffre 2.12 ci-dessus, l'OFAS en informera l'institution de prévoyance ainsi que l'autorité de surveillance de la nouvelle institution de prévoyance.

2.15 Si l'employeur ne s'affilie pas à une nouvelle institution de prévoyance, parce qu'il n'occupe plus de salariés soumis à la LPP, l'institution de prévoyance doit faire connaître à l'OFAS et à l'organe de contrôle la clé de répartition de la fortune libre de prévoyance. En outre, elle doit leur annoncer le nom du (des) bénéficiaire(s) du

transfert de la fortune de prévoyance. Lors de la prochaine révision ordinaire, l'organe de contrôle doit s'assurer et confirmer que la caisse de prévoyance a été dissoute de manière conforme. La dissolution de la caisse de prévoyance ne sera terminée en droit, qu'au moment où l'OFAS aura donné son accord.

2.2 Procédure sommaire

2.21 La procédure sommaire est admissible lorsque la caisse de prévoyance à dissoudre présentait, dans l'année précédant la dissolution, un apport de fortune inférieur à 50'000 francs et un avoir de fortune de moins de 500'000 francs. Est réputé apport de fortune le montant que l'employeur doit verser à l'institution de prévoyance conformément à l'article 66, 2e alinéa, LPP. Est considéré comme avoir de fortune la somme des actifs mentionnés dans le bilan commercial, y compris le capital de couverture.

2.22 En cas de dissolution d'une telle caisse de prévoyance et de l'affiliation de l'employeur à une autre institution de prévoyance, l'institution de prévoyance à dissoudre doit immédiatement informer son organe de contrôle de la résiliation du contrat d'affiliation en indiquant

- le montant de la fortune de prévoyance et
- le destinataire auquel celle-ci doit être transmise.

Une copie de cette communication doit être remise à l'OFAS qui annoncera ensuite à l'autorité de surveillance de l'autre institution de prévoyance la dissolution de la caisse de prévoyance et le transfert de la fortune à la nouvelle institution de prévoyance.

2.23 Dans le cadre de la révision ordinaire, l'organe de contrôle doit vérifier si la caisse de prévoyance a été dissoute et la fortune de celle-ci transférée à une autre institution de prévoyance ou de libre passage de manière conforme, et le confirmer dans son rapport.

2.24 Si l'employeur ne s'affilie pas à une nouvelle institution de prévoyance parce qu'il n'occupe plus de salariés soumis à la LPP, l'institution de prévoyance est tenue d'annoncer à l'OFAS et à l'organe de contrôle la clé de répartition de la fortune libre. De plus, elle doit leur indiquer le nom du(des) destinataire(s) de la fortune à transférer ou à porter en compte. Lors de la prochaine révision ordinaire, l'organe de contrôle doit vérifier et confirmer, en particulier, que la caisse de prévoyance a été dissoute de manière conforme. La dissolution de la caisse de prévoyance n'est terminée en droit qu'au moment où l'OFAS a donné son accord.

2.25 En cas d'irrégularités, l'OFAS ordonne les mesures qui s'imposent.

2.3 Entrée en vigueur et réglementation intermédiaire

Les principes susmentionnés entrent en vigueur le 1er juillet 1988. En ce qui concerne les dissolutions de contrats d'affiliation intervenues depuis le 1er janvier 1985, il convient tout d'abord de constater que l'article 35, 2e alinéa, OPP 2 oblige l'organe de contrôle d'examiner et de confirmer la légalité de la gestion de l'institution de prévoyance. Par "gestion", il faut également entendre la dissolution des contrats d'affiliation. Vu cette disposition et pour des motifs de praticabilité, les organes de

contrôle doivent également confirmer - par le questionnaire et à l'intention de l'OFAS - que les dissolutions de contrats d'affiliation intervenues pendant ledit exercice annuel ont eu lieu de manière conforme.

47 "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession"

(art. 44, 1er al. LPP)

1. Que faut-il entendre par la notion "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" au sens de l'article 44 LPP?

L'article 44, 1er alinéa, LPP a la teneur suivante:

"Les indépendants peuvent se faire assurer auprès de l'institution de prévoyance ...dont ils relèvent à raison de leur profession."

La prévoyance des indépendants auprès de "l'institution dont ils relèvent à raison de leur profession" ne repose pas sur une obligation mais sur le principe de l'assurance facultative des personnes visées par l'article 4 LPP. Toutefois, il convient de signaler que seule leur affiliation à une telle institution de prévoyance est facultative et non pas ses conséquences. En effet, lorsqu'un indépendant entre, selon l'article 44, 1er alinéa, LPP, dans l'institution de prévoyance dont il relève à raison de sa profession, il est en principe visé par les dispositions de la LPP au même titre que les salariés qui sont automatiquement soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à partir d'un certain revenu annuel et d'un âge déterminé. Une comparaison avec l'article 4 LPP en apporte déjà la preuve.

Le premier alinéa de cette disposition est ainsi libellé: "...les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la présente loi."

... et le deuxième alinéa de la même disposition dit ceci: "Les dispositions sur l'assurance obligatoire s'appliquent par analogie à l'assurance facultative."

Ainsi, le seul libellé de la loi permet de déduire sans équivoque que l'affiliation d'un indépendant à une institution de prévoyance dont il relève à raison de sa profession entraîne les suites juridiques du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle selon la LPP.

Le législateur a laissé ouverte la question de savoir si, premièrement, chacun - par ce terme il faut entendre n'importe quelle société fiduciaire - peut créer une "institution de prévoyance" au sens de l'article 44 LPP et l'ouvrir à une association ou à un autre groupement de professionnels à titre d'institution de prévoyance professionnelle ou d'association et si, secondement, la notion d'une telle institution peut désigner uniquement une institution créée et gérée par une association elle-même. Il en va de même du Conseil fédéral qui, dans son message relatif à la LPP, indique à ce sujet que cette institution de prévoyance doit "être proche" des indépendants concernés en raison de leur activité professionnelle. Le sens exact de cette notion doit être défini et la pratique devra en fixer les contours. A cet effet, on tiendra compte, outre du principe de la liberté contractuelle, des critères de la LPP et

du droit fiscal. Toutefois, une limitation de la liberté de contracter et de créer une fondation doit se fonder sur des motifs valables, qui résultent d'un intérêt public prépondérant.

L'institution de prévoyance d'une association revêt souvent en pratique la forme d'une fondation collective, c'est-à-dire d'une fondation qui se caractérise par une certaine solidarité des employeurs et indépendants qui y sont affiliés, ce qui se traduit par exemple par l'uniformité des règlements et des placements.

2. "L'institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" conformément à l'article 44, 1er alinéa, LPP, doit-elle être inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle?

Sous chiffre 1, nous avons expliqué que les "institutions de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" devraient être soumises au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. A cet égard, il faut souligner qu'aux termes de l'article 48, 1er alinéa, LPP, toutes les institutions de prévoyance qui participent à l'application du régime de l'assurance obligatoire doivent se faire inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance dont elles relèvent. Vu que l'article 48, 1er alinéa, LPP ne prévoit pas d'exception pour les institutions qui assurent exclusivement des indépendants selon l'article 4 en corrélation avec l'article 44, 1er alinéa, LPP, on doit partir du principe que de telles institutions doivent également se faire inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance compétente.

3. Une "institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" selon l'article 44, 1er alinéa, LPP, peut-elle aussi être active dans le domaine hors-obligatoire de la prévoyance professionnelle?

Nous avons déjà dit sous chiffre 1 que vu l'article 44, 1er alinéa, LPP, les indépendants ne devaient pas seulement mettre en oeuvre la prévoyance hors-obligatoire (c'est-à-dire ce qu'il est convenu d'appeler le pilier 2b), mais aussi la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle (pilier 2a). La question de savoir si les indépendants soumis à une institution de prévoyance oeuvrant uniquement dans le domaine hors-obligatoire, donc non inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle, peuvent bénéficier de la prévoyance professionnelle privilégiée du point de vue fiscal relève en premier lieu du droit fiscal et moins de la LPP ou du droit des fondations. Le fisc doit, à cet égard, se déterminer par rapport au but constitutionnel et au système des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité; il tient ainsi particulièrement compte de la tâche, position et fonction de la prévoyance liée (pilier 3a) pour les indépendants. En outre, on admettra que le deuxième pilier ne doit porter que sur la prévoyance collective et non pas individuelle. C'est du reste ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral dans deux arrêts récents (ATF du 10 avril 1987 en la cause T.K. SA et du 21 avril 1987 en la cause de la fondation Z.).

48 L'évaluation des placements en actions et la manière de procéder en cas de découverts

(Art. 65 LPP; art. 44 et 48 OPP 2)

En raison de la nette baisse des cours des actions constatée aux bourses suisses et étrangères depuis la mi-octobre 1987, divers institutions de prévoyance, organes de contrôle, experts et autorités de surveillance sont placés devant des faits inhabituels. La question principale est pour eux de savoir comment les placements en actions doivent être évalués et quelles mesures doivent être prises par les institutions de prévoyance qui ont subi des découverts à la suite de l'évolution des actions en bourse.

Considérations fondamentales

Des fluctuations importantes des cours des actions en bourse ont toujours existé et existeront toujours. Elles sont dans la nature même de ce marché et les institutions de prévoyance doivent s'en accommoder. Il faudrait éviter que les caisses de retraite doivent, lors de chaque fluctuation importante, adapter leur règlement ou qu'une optique à court terme amène une modification des règles d'évaluation. C'est dire que même après les événements du mois d'octobre passé, les **règles d'évaluation** fixées à l'article 48 OPP 2 doivent être **maintenues**. Ces dispositions sont en effet fondées sur des principes reconnus (art. 959 et 960 CO) et une longue expérience. Elles découlent en particulier des principes de la clarté et de la sincérité du bilan. Ce qui s'est passé l'automne dernier n'est pas extraordinaire au point de justifier une révision des dispositions correspondantes de l'ordonnance.

La grande majorité des institutions de prévoyance ne se heurtent apparemment pas non plus à des difficultés majeures à la suite de l'effondrement des cours des actions. Cela est particulièrement le cas des institutions qui s'en sont tenues à la règle fondamentale défendue par des gérants et experts de ne réaliser des placements en actions que dans la mesure où les moyens disponibles, qui peuvent être utilisés au besoin pour compenser les pertes de valeur du côté des actifs, correspondent au moins à un tiers environ de ces investissements.

Dans les cas où l'évolution du marché des actions a posé à une institution de prévoyance des problèmes considérables, les autorités de surveillance LPP doivent s'acquitter d'une tâche particulière. Aux termes de l'article 65 LPP en effet, les institutions de prévoyance doivent **offrir en tout temps la garantie** qu'elles peuvent **remplir leurs engagements**, ce qui doit être vérifié, selon l'article 62 LPP, par les autorités de surveillance. Il faut donc examiner si les actifs évalués conformément à l'article 48 OPP 2 sont suffisamment élevés pour couvrir respectivement les avoirs de vieillesse LPP et le capital de couverture ou d'épargne ainsi que les autres engagements de l'institution de prévoyance. Cette obligation ne s'applique pas dans la même mesure aux institutions de prévoyance de droit public (cf. art. 45 OPP 2).

Découverts et risque de liquidation

L'incapacité de remplir l'ensemble des engagements au moyen du capital d'investissement entraîne un découvert que les institutions doivent, selon l'article 44 OPP 2, résorber elles-mêmes. D'un certain point de vue pas injustifié, la

compensation immédiate d'un découvert provoqué par des fluctuations des cours du portefeuille des actions n'est pas absolument indispensable même pour une caisse de retraite privée, puisqu'on peut s'attendre, par expérience, à ce que le découvert soit avec le temps comblé "de soi-même" grâce à l'évolution des cours. Une telle manière de considérer les choses n'est toutefois admissible que pour des caisses dont l'existence est garantie à moyen terme. Il en va autrement pour les institutions qui doivent être liquidées justement en période de baisse. Un découvert comporte alors le risque que des prestations dues selon le règlement ne puissent plus être versées. Toutes les caisses qui ne peuvent pas, à moyen terme, éliminer avec certitude le **risque de liquidation**, donc en principe toutes **les institutions de l'économie privée**, doivent dès lors être a priori soumises à **l'exigence d'un bilan équilibré**.

Procédure en cas de découverts

Lorsqu'une institution de prévoyance présente effectivement un découvert, elle doit, en vertu de l'article 44, 2e alinéa, OPP 2, en informer l'autorité de surveillance. S'il s'agit d'une caisse dont le régime est celui de la primauté des prestations, la supposition d'un découvert doit éventuellement être d'abord examinée par un expert. Celui-ci vérifiera si le déficit repose sur des causes fondamentales de nature actuarielle, par exemple sur un financement systématiquement insuffisant, ou s'il est uniquement imputable à la chute des cours des actions en bourse. Dans le premier cas, l'institution de prévoyance doit essayer, en collaboration avec l'expert, de rétablir l'équilibre entre les cotisations et les prestations.

Dans le second cas, on cherchera avant tout à appliquer le principe visant à **combler le découvert par les réserves disponibles**. Celles-ci peuvent exister non seulement sous la forme de réserves destinées à faire face à des fluctuations de cours, mais encore sous la forme de fonds libres. En outre, on recherchera s'il existe d'éventuelles sous-estimations d'actifs ("réserves occultes"), qui pourraient être corrigées dans les limites de l'article 48 OPP 2. Une position qui doit également être examinée est celle des amortissements faits dans le passé et qui, précisément s'il s'agit d'immeubles, dépassent souvent le montant minimum requis.

Au cas où il n'y aurait pas de réserves disponibles, il existe une autre possibilité, à savoir que **l'entreprise fondatrice ou l'employeur** se déclare prêt à apporter son **aide** pour combler le déficit. Toutefois, une simple déclaration de garantie faite par un employeur du secteur privé ne suffit pas, vu l'article 43, 3e alinéa, OPP 2. Il existe pourtant plusieurs autres possibilités telles qu'un versement supplémentaire à la caisse de retraite correspondant au montant du déficit. Ce supplément pourrait fort bien être porté au crédit comme réserve de cotisations de l'employeur, de telle façon que dans les années suivantes cette réserve puisse être utilisée, au fur et à mesure de la diminution du découvert, pour financer les cotisations. D'autres variantes sont imaginables; il s'agit de trouver une solution adaptée à l'entreprise et à l'institution.

Si cette voie s'avère impraticable, on peut envisager un **amortissement** du déficit dans un délai approprié. Celui-ci n'est pas fixé par la loi; suivant le montant du déficit et la situation particulière de l'institution de prévoyance, il peut être différent. Un critère important de la fixation du délai doit être en tout cas le risque d'une liquidation

de l'institution de prévoyance dans les prochaines années, pour autant qu'on puisse le prévoir dans la situation actuelle.

On évitera cependant par principe de modifier constamment les grandeurs réglementaires essentielles telles que les taux des cotisations et des prestations, étant donné que la baisse actuelle des actions en bourse doit quand même être considérée comme passagère. C'est ainsi qu'on pourrait, à titre d'alternative, prendre en compte à cet effet, pour commencer, les ressources qui seront disponibles dans les années à venir (bénéfices sur les intérêts, gains de mutation et gains techniques). Il sera ainsi certainement possible, en collaboration avec l'expert et l'autorité de surveillance, de trouver des solutions adaptées aux circonstances.

49 Jurisprudence; arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contentieux dans la prévoyance professionnelle (art. 73, 1er al. LPP)

Dans un arrêt du 9 septembre 1987 en la cause P., qui a été publié (cf. ATF 113 V p. 198ss) et dont des extraits seront repris prochainement dans la RCC, le TFA a abordé sans la trancher, la question de savoir si les institutions de prévoyance de droit public ont le pouvoir de statuer sur les prétentions de leurs affiliés au moyen de décisions (consid. 2).

Le TFA a par ailleurs décidé, dans le même arrêt, que les litiges visés par l'article 73, 1er alinéa, LPP, doivent être portés en dernier ressort devant une même juridiction cantonale, quelle que soit la nature juridique de l'institution de prévoyance concernée (institution de droit public ou de droit privé; consid. 3).

Dans un autre arrêt, du 10 novembre 1987 (cause Z. c CFA, publié dans la "Praxis des Bundesgerichts", no 253, p. 880s.), le TF a décidé que les voies de droit prévues par l'article 73 LPP sont aussi applicables aux litiges concernant les institutions de prévoyance de la Confédération.

50 Les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle (art. 86 LPP)

Les personnes participant à l'application, au contrôle ou à la surveillance de la prévoyance professionnelle sont tenues de garder le secret sur la situation personnelle et financière des assurés. Les exceptions à cette obligation sont fixées par le Conseil fédéral dans une ordonnance édictée le 7 décembre 1987.

Le Conseil fédéral y a établi une liste des cas d'exception matériellement justifiés tout comme dans les lois sur l'AVS, l'AI et l'AA. Le champ d'application de l'ordonnance ne s'étend toutefois qu'aux institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle.

Pour des raisons pratiques et vu la connexité entre l'obligation de garder le secret dans le domaine de la prévoyance professionnelle et celle des organes AVS/AI de leur donner des renseignements, le Conseil fédéral a du reste réglé les deux

questions dans une seule ordonnance. Les explications suivantes se limitent aux exceptions à l'obligation de garder le secret.

L'article 1 contient, au 1er alinéa, une énumération de personnes et d'autorités envers lesquelles l'obligation de garder le secret est levée sans autre, c'est-à-dire sans même l'accord des personnes concernées. Le 2e alinéa permet également de lever l'obligation de garder le secret envers d'autres personnes et autorités pour autant que la personne concernée ou son représentant légal l'approuvent. Les cas dans lesquels l'obligation de garder le secret est levée sont ainsi énumérés de **manière exhaustive**.

Une violation de l'obligation de garder le secret sans juste motif au sens des cas d'exception mentionnés est passible d'emprisonnement jusqu'à six mois ou d'une amende jusqu'à 20'000 francs, à moins que le code pénal prévoit déjà une peine plus lourde pour le fait en question. En outre, on remarquera que la présente ordonnance n'entraîne pas une levée de l'obligation de garder le secret selon le droit privé. Le fait qu'à l'article 86, 1er alinéa, LPP l'obligation de garder le secret soit restreinte à la situation personnelle et financière des assurés et de leurs employeurs ne dégage par exemple pas l'organe de contrôle ou l'expert d'une institution de prévoyance de leur obligation (de droit civil) de garder le secret également dans les domaines qui dépassent la sphère personnelle et financière. De même, les autorités de surveillance restent liées au secret de fonction dans les limites des prescriptions du droit public.

La liste des personnes et autorités envers lesquelles l'obligation de garder le secret est levée correspond dans une large mesure à celle du premier pilier (AVS/AI) ainsi qu'à la législation en matière d'assurance-accidents. En général, on peut souligner que la levée de l'obligation de garder le secret présuppose une pesée des intérêts en présence. Il s'agit alors d'apprécier les intérêts juridiques et autres intérêts de toutes les personnes concernées en étant bien conscient que les domaines soumis au principe du secret dans le deuxième pilier peuvent être extrêmement délicats et que la nécessité du maintien du secret est à la mesure de cette sensibilité.

La levée de l'obligation de garder le secret n'est dès lors justifiée que si elle répond à un intérêt nettement supérieur aux intérêts opposés. Ce qu'est un "intérêt digne d'être sauvegardé" ne peut toutefois être établi d'une manière appropriée que dans le cas d'espèce, c'est-à-dire en tenant compte des circonstances particulières, selon les règles reconnues du droit administratif. En tout cas, l'obligation de garder le secret ne peut être levée que dans la mesure où les personnes et autorités qui reçoivent les indications et documents désirés en ont à tout prix besoin pour accomplir leurs tâches et ne peuvent pas les obtenir autrement et ailleurs en respectant l'obligation de garder le secret.

A cet égard, l'article 1, 1er alinéa, lettre d, de l'ordonnance ne dégage l'institution de prévoyance de l'obligation de garder le secret vis-à-vis de l'autorité fiscale que pour autant qu'il s'agisse d'indications et de documents concernant l'imposition d'une prestation que ladite institution a fournie au contribuable. En revanche, l'autorité fiscale n'a pas accès aux données relatives au calcul des cotisations de prévoyance du contribuable en question.

Lorsqu'un cas fiscal est porté devant une autorité judiciaire, celle-ci peut cependant, en vertu de l'article 1, 1er alinéa, lettre c, de cette ordonnance, également prendre connaissance du décompte des cotisations et du dossier correspondant. Cette disposition permet en effet à l'autorité judiciaire pour autant qu'aucun intérêt digne de protection ne s'y oppose, de prendre connaissance de la situation de la prévoyance professionnelle d'une partie même lorsque cette question n'est pas au centre de la cause jugée. Il en va de même dans des litiges relevant du droit matrimonial, en particulier de la législation relative aux régimes matrimoniaux, et du droit successoral.

Les autorités de surveillance LPP ne sont pas habilitées à lever l'obligation de garder le secret comme l'est par exemple, dans l'AVS, l'Office fédéral des assurances sociales. C'est que, dans ce domaine comme dans d'autres, les institutions de prévoyance ne peuvent pas être assimilées aux caisses de compensation AVS. D'une manière générale et pour des raisons de principe, il faut éviter que les autorités de surveillance LPP ne s'ingèrent outre mesure dans les affaires des institutions de prévoyance.

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Il n'est pourtant pas exclu que l'obligation de garder le secret soit également levée pour des faits qui se seraient produits avant cette date mais après l'entrée en vigueur de la LPP (1er janvier 1985). Car la base légale correspondante existe déjà depuis le 1er janvier 1985. Les personnes concernées, à savoir celles qui ont besoin d'être renseignées, ne doivent cependant pas être désavantagées du fait que les dispositions d'exécution se sont quelque peu fait attendre.

51 Divers

1. Liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle

La liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle, mise à jour au 1er janvier 1988, peut être obtenue au prix de Fr. 1.40 auprès de l'Office fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne. (no de commande 318.768.88).

2. Journées d'information de l'OFAS en prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales organise en juin 1988 trois journées d'information à l'intention des institutions de prévoyance placées sous sa surveillance et provisoirement inscrites dans son registre de la prévoyance professionnelle en vue de leur enregistrement définitif. Ces réunions ont lieu les jours et aux endroits suivants:

- 3 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse alémanique (groupe I) à Berne;
- 23 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse romande (groupe II) à Lausanne;
- 30 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse alémanique (groupe III) à Berne.

Les institutions de prévoyance concernées seront invitées au cours du mois d'avril 1988 et informées de tous les détails nécessaires.

3. Ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance à l'égard d'une institution d'assurance

(art. 71, 2e al., LPP)

Le 17 février 1988, le Conseil fédéral a adopté une ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance à l'égard d'une institution d'assurance. Ainsi, en dérogation à l'interdiction de mise en gage fixée à l'article 71, 2e alinéa, LPP, il est possible à une institution de prévoyance même après l'entrée en vigueur de la LPP d'utiliser, à certaines conditions, les contributions transférées à une institution d'assurance. Cette mise en gage permet à l'institution de prévoyance de garantir par exemple le paiement différé d'une prime unique due à l'institution d'assurance.

Le Conseil fédéral oblige notamment les organes de contrôle et les autorités de surveillance à être particulièrement attentifs lorsque les droits d'une institution de prévoyance sont mis en gage.

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 1988.