

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 11

Du 28 décembre 1988

TABLE DES MATIERES

- 58** Les montants-limites valables pour 1989
- 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?
- 61** Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix au 1er janvier 1989; communication du taux d'adaptation
- 62** Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement
- 63** La mainlevée pour les créances de cotisations
- 64** L'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie LPP en raison d'une structure d'âge défavorable de l'institution de prévoyance?
- 65** Placements chez l'employeur dans les limites fixées dans l'OPP 2
- 66** Peut-on admettre les "Options et Futures" ou, selon le cas, les opérations à terme comme placements des institutions de prévoyance
- 67** Divers
 - 1. Statut fiscal des indépendants sans personnel
 - 2. Modifications du code des obligations: Dispositions sur la protection contre le licenciement et la résiliation des rapports de travail
 - 3. Jurisprudence: compensation de la prestation avec des créances en dommages-intérêts
 - 4. Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, de ses sous-commissions et groupes de travail

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.

58 Les montants-limites valables pour 1989

(art. 2, 7, 8, 46 LPP, art. 7 OPP 3)

Les montants-limites valables pour l'année 1989 demeurent inchangés par rapport à 1988. Ils s'élèvent à :

a. Pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46,1er al., LPP) Fr. 18'000.-
- Déduction de coordination (art. 8,1er al., LPP) Fr. 18'000.-
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, 1 er al., LPP) Fr. 54'000.-
- Salaire coordonné minimum (art. 8, 2e al., LPP) Fr. 2'250.-

Pour la prévoyance liée du 3e pilier

Déduction maximale admise fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., let. a, OPP 3) Fr. 4'320.-
- sans être affilié à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., let. b, OPP 3) Fr. 21'600.-

59 Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?

(art.30, 2e al., let. b, LPP; art.331c, 4e al., let.b, ch. 2, CO; art.3, 2e 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, 2e al., let. b, LPP, et art. 331c, 4e 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 équivaldrait 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.

61 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix au 1er janvier 1989; communication du taux d'adaptation

(art. 36 LPP; Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix)

Conformément à l'article 36 LPP et à l'ordonnance du 16 septembre 1987 y afférente, l'adaptation des rentes au renchérissement se déroule en deux étapes: dans une première phase, l'on adapte les rentes en cours depuis plus de trois ans tout d'abord au renchérissement. Ensuite, dans une seconde phase, l'on procède à toutes les adaptations subséquentes au même rythme que celui de l'assurance-accidents (cf. à ce propos Bulletin no 5, ch. 32).

Ce n'est pas le moment où le droit à la rente prend naissance, mais celui où la rente a dû être effectivement versée qui détermine le moment où la durée d'échéance commence à courir pour la première adaptation. Lorsque le début du droit a été, en vertu du règlement de l'institution de prévoyance, différé du fait du versement du salaire ou d'une indemnité journalière (art. 26, 2e al., LPP et art. 27, OPP 2), la durée d'échéance ne commence à courir qu'après l'extinction du droit au salaire ou à l'indemnité journalière.

Au 1er janvier 1989, toutes les rentes qui ont été versées pour la première fois au cours de l'année 1985 doivent être adaptées au renchérissement.

Le taux d'adaptation s'élève à 4,3 pour cent.

Etant donné qu'il s'agit là de la première adaptation depuis l'entrée en vigueur de la LPP, il n'y a pas encore lieu de procéder à des adaptations subséquentes.

Une institution de prévoyance allouant des prestations supérieures aux prestations minimales LPP (= caisse enveloppante) a la possibilité de ne pas les adapter aussi longtemps qu'elles dépassent les prestations minimales, renchérissement y compris, prévues par la loi. Elle peut également compenser le renchérissement isolément. C'est à elle qu'incombe l'obligation de prouver que les prestations réglementaires, qu'elle alloue à tout ayant droit, sont pour le moins équivalentes aux prestations légales minimales adaptées au renchérissement.

62 Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement

(art. 36 LPP)

L'article 36 LPP stipule que les rentes de survivants et d'invalidité doivent être adaptées à l'évolution des prix jusqu'au jour où le bénéficiaire a atteint l'âge de 65 ans (hommes) ou 62 ans (femmes). Passé cette limite d'âge, chaque institution de prévoyance est tenue, dans les limites de ses possibilités financières, d'adapter les rentes susmentionnées ainsi que les rentes de vieillesse (cf. à ce propos Bulletin no 5, ch. 32). Le tableau suivant donne un aperçu sur la délimitation de l'adaptation obligatoire d'avec l'adaptation à effectuer selon les possibilités financières de l'institution de prévoyance.

Les institutions de prévoyance qui, dans le cadre d'un contrat collectif d'assurance conclu avec un assureur, allouent des prestations temporaires de survivants et d'invalidité, doivent veiller à ce que le montant de la rente de vieillesse soit pour le moins équivalent à celui de la rente temporaire versée jusqu'alors.

Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement (art. 36 LPP)

Genre de rentes	Ayant droit	Adaptation obligatoire	Adaptation dans les limites des possibilités financières de l'institution de prévoyance
rente e vieillesse	assuré	--	dès l'âge de la retraite, jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente pour enfants de retraités	assuré	--	dès l'âge de la retraite, jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente de veuve	veuve	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais jusqu'à 62 ans au plus tard	dès l'âge de 62 ans jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente d'orphelin	orphelin	jusqu'à l'extinction du droit à la rente	--
Rente d'invalidité	assuré	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais au plus jusqu'à l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes)	dès l'âge de 65 ans (hommes)62 ans (femmes) jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente pour enfant d'invalides	assuré	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais au plus jusqu'à l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes) de la personne assuré	dès l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes) jusqu'à l'extinction du droit à la rente

63 La mainlevée pour les créances de cotisations (art. 66 LPP; art. 82 LP)

Dans son Bulletin de la prévoyance professionnelle no 7, chiffre marginal 43, l'Office fédéral des assurances sociales a exposé le problème de la mainlevée dans le domaine de la perception des cotisations par une institution de prévoyance. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 1988, le Tribunal fédéral a décidé que la mainlevée provisoire doit être accordée à l'institution de prévoyance sur présentation d'un contrat d'affiliation conclu avec l'employeur mis en poursuite et d'une liste des salaires, établie et signée par lui, relative aux salariés concernés. Une autre condition à remplir, c'est que les taux de cotisations doivent ressortir du contrat d'affiliation ou du règlement applicable. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet donc qu'est réalisée, dans ces circonstances, l'exigence selon laquelle une créance doit pouvoir être concrétisée au sens de l'article 82 LP.

Cet arrêt revêt pour la prévoyance professionnelle une importance inestimable. En effet, les institutions de prévoyance pourront désormais faire recouvrer leurs créances de cotisations directement par la voie de l'exécution forcée, c'est-à-dire sans devoir engager la voie laborieuse, compliquée et coûteuse que représente la procédure civile. Demeure toutefois réservée l'action en libération de dette qui peut être intentée après la mainlevée provisoire.

64 L'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie LPP en raison d'une structure d'âge défavorable de l'institution de prévoyance

(art. 56, 1er al., let. a, LPP et art. 331, 3e al., CO)

L'OFAS a été saisi à plusieurs reprises de la question de savoir de quelle façon peuvent être utilisés les subsides versés par le fonds de garantie à une institution de prévoyance en raison d'une structure d'âge défavorable. La réponse à cette question étant d'intérêt général, l'OFAS y répond comme suit:

1. La loi ne règle pas l'affectation des subsides octroyés par le fonds de garantie en vertu de l'article 56, 1er alinéa, lettre a, LPP. Eu égard au but et au sens de ces subsides, différentes possibilités d'utilisation peuvent être envisagées. Leur affectation relève en premier lieu de l'institution de prévoyance. C'est à l'organe paritaire compétent de celle-ci qu'il appartient de décider concrètement de la manière de les utiliser. Quant aux organes de contrôle et, en dernier ressort, aux autorités de surveillance, ils s'assurent que cette utilisation est conforme.

Différentes affectations peuvent être envisagées, par exemple:

- L'accumulation sur un compte de réserve destiné à réduire les cotisations;
- Le transfert dans la fortune libre de prévoyance;
- L'utilisation pour des mesures spéciales (p. ex. avantages accordés à la génération d'entrée);
- L'attribution selon un plan déterminé, en faveur des assurés en vue de l'amélioration de leurs prestations.

2. Les subsides peuvent-ils être affectés aux réserves de cotisations des employeurs? Depuis l'entrée en vigueur de la LPP le 1er janvier 1985, la constitution de telles réserves est réglée par l'article 331, 3e alinéa, CO, entré en vigueur simultanément, dont la teneur est la suivante:

"Lorsqu'il incombe au travailleur de verser des cotisations à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu de verser en même temps une contribution au moins égale à la somme des cotisations de tous les travailleurs; il financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément."

Cette prescription a pour but d'obliger l'employeur à payer ses cotisations non pas par des ressources de l'institution de prévoyance - comme cela était admis avant l'entrée en vigueur de la LPP - mais par ses propres moyens. Dès le 1er janvier 1989, l'article 331, 3e alinéa, CO est une disposition relativement impérative, en ce sens que, selon l'article 362, 1er alinéa, CO, elle ne peut être modifiée par consentement mutuel qu'en faveur du travailleur.

3. Or il existe des cas où l'employeur paie lui-même la totalité des cotisations au fonds de garantie, ne les mettant ainsi nullement à la charge des travailleurs. On peut dès lors se demander si l'employeur ne pourrait pas être déchargé de ces dépenses en obtenant que les subsides du fonds de garantie soient versés sur son compte de réserves de cotisations. Cette question appelle la réponse suivante:

Les cotisations qu'une institution de prévoyance verse au fonds de garantie ne forment pas un capital séparé par institution ou par caisse de prévoyance, dont seraient prélevés des subsides destinés à l'institution ou à la caisse de prévoyance concernée, en cas de structure d'âge défavorable. Les cotisations payées par les institutions de prévoyance enregistrées au fonds de garantie forment au contraire une seule et même fortune de cette fondation, quand bien même le fonds de garantie doit tenir des comptes séparés pour chacune de ses tâches (art. 56, 2e al., LPP). Vu la provenance multiple des cotisations versées au fonds de garantie qui s'amalgament en une seule fortune, on ne saurait prétendre dans un cas d'espèce que les subsides octroyés - même s'ils sont égaux ou inférieurs à la totalité des cotisations payées au fonds de garantie par l'institution concernée - proviennent exclusivement de l'accumulation des cotisations d'un employeur déterminé. Par définition, la fortune du fonds de garantie se compose en effet également des cotisations d'autres employeurs et de leurs travailleurs ainsi que des intérêts produits. Ce système de financement dit de "répartition collective des dépenses" permet au fonds de garantie de fournir en tout temps ses prestations moyennant des cotisations relativement peu élevées. Pour ces raisons, il ne saurait être question d'affecter les subsides du fonds de garantie à la réserve de cotisations de l'employeur.

4. En revanche, il est admissible, peut-être même opportun, que l'institution de prévoyance puisse ouvrir un compte neutre de réserve de cotisations, qui serait crédité des subsides du fonds de garantie et qui profiterait aux deux parties, employeur et travailleurs, pour l'acquittement de leurs cotisations à la prévoyance professionnelle, et cela proportionnellement à la part de contribution supportée par chaque partie. Ainsi, si l'employeur finance seul toutes les cotisations afférentes à la prévoyance professionnelle de ses travailleurs, il pourrait être aussi le seul à bénéficier de cet allègement procuré par les subsides du fonds de garantie. S'il en paie trois quarts, il peut profiter dans la même proportion des prélèvements opérés sur ce compte de réserve. Il demeure toutefois que la manière adéquate d'utiliser ces subsides doit être définie dans tous les cas par l'organe paritaire de l'institution de prévoyance ou, selon le cas, par celui de la caisse de prévoyance qui y a droit.

65 Placements chez l'employeur dans les limites fixées dans l'OPP 2

(art. 71 LPP; art. 54 OPP 2 en corrélation avec l'art. 57 OPP 2)

Conformément aux limites des placements fixées dans l'OPP 2, les institutions de prévoyance peuvent placer une partie de leur fortune auprès des employeurs affiliés. A ce propos, la question est parfois soulevée de savoir comment établir la liaison entre les limites posées par l'article 57 OPP 2 et celles qui le sont à l'article 54 OPP 2. C'est par exemple le cas lorsque l'employeur est une banque. L'on sait qu'en principe une institution de prévoyance peut placer toute sa fortune auprès d'une banque sans limite aucune et acquérir une créance envers celle-ci (art. 54, let. a, OPP 2).

Afin d'éviter un éventuel conflit de normes entre les articles 54, lettre a, et 51 OPP 2, il convient de procéder à une interprétation systématique et appropriée de ces dispositions:

La limitation particulièrement sévère des placements chez l'employeur conformément à l'article 51 OPP 2 tient au caractère particulier des relations que tant les salariés que de l'institution de prévoyance peuvent entretenir avec l'employeur. Etant donné que ces relations sont parfois fort étroites sur le plan personnel ou économique, il y a un certain risque que la fortune de l'institution de prévoyance soit placée chez l'employeur sans l'attention nécessaire, voire par pure complaisance. C'est pourquoi le législateur a restreint ces possibilités dans une mesure raisonnable en tenant compte d'une part d'un secteur de prévoyance à protéger de façon absolue (prestations de libre passage) et d'autre part de la diversité des formes de placement (prêts et participation). Or, ne serait-ce qu'en vertu du principe de l'égalité de traitement, certains employeurs ne sauraient être avantagés par rapport aux autres. Ceci est aussi valable pour les banques en tant qu'employeurs.

En outre, par rapport à l'article 54 OPP 2, l'article 51 OPP 2 est une prescription spéciale. Suivant le principe général d'interprétation selon lequel la disposition particulière prime la disposition générale, il est clair qu'en cas d'un éventuel conflit de normes dans l'application des articles 51 OPP 2 et 54 OPP 2, c'est le premier nommé qui prévaut.

66 Peut-on admettre les "Options et Futures" ou, selon le cas, les opérations à terme comme placements des institutions de prévoyance?

(art. 71 LPP; art. 50-55 OPP 2)

L'entrée en fonction de la bourse suisse des "Options et Futures" SOFFEX soulève la question de savoir s'il est judicieux pour les institutions de prévoyance de procéder à ce genre de transactions et si celles-ci sont compatibles avec les directives en matière de placement de l'OPP 2.

Après avoir consulté différents milieux spécialisés dans cette question, l'OFAS est arrivé à la conclusion qu'il est parfaitement possible d'utiliser judicieusement les "Options et Futures" pour gérer la fortune des institutions de prévoyance, lorsque ce sont des spécialistes qui effectuent ces opérations. Ces possibilités doivent en premier lieu accroître la sécurité des placements. Ci-après, voici quelques principes

dont l'observation devrait permettre, de l'avis de l'OFAS, de concilier les achats et les ventes d'"Options et de Futures" avec les dispositions sur le placement de l'OPP 2.

Principe

Les "Options et Futures" ne représentent pas réellement des placements au sens des formes énoncées à l'article 53 OPP 2. Il s'agit bien plus d'instruments dits dérivés qui découlent des placements autorisés en vertu de l'OPP 2. L'utilisation adéquate de ces instruments permet en particulier de se prémunir contre les risques de fluctuations inhérents aux titres de base (p. ex. actions, monnaies étrangères). Cependant, ces transactions occasionnent des frais qu'il s'agit de surveiller afin d'éviter une diminution du rendement de la fortune.

La responsabilité des opérations portant sur des "Options et des Futures" incombe dans tous les cas aux organes dont relève la gestion de la fortune. Etant donné que ces transactions revêtent un caractère complexe et sont relativement nouvelles, les responsables doivent posséder des connaissances approfondies de la matière.

Les transactions considérées de plus près

1. Prévention des risques de perte sur les cours et des risques monétaires

Les "Options et Futures" peuvent être utilisés pour prévenir les risques de perte sur les cours et les risques monétaires sur les titres qui sont déjà en possession de l'institution de prévoyance. Il s'agit en particulier des opérations suivantes:

- acquisition d'options de vente ("Put");
- vente à terme;
- vente de "Futures".

2. Achats à terme

En lieu et place des achats au comptant, les titres ou les devises peuvent, comme jusqu'à présent, être achetés à terme ou, ce qui est nouveau, sous la forme de "Futures" ou de "Call-Options". Les institutions de prévoyance doivent veiller à ce que les liquidités nécessaires à l'exécution des opérations conclues soient disponibles. Concrètement, il s'agit des transactions suivantes:

- acquisition de titres à terme;
- acquisition de "Futures";
- acquisition d'options d'achat ("Call").

3. Amélioration du rendement

Dans certains cas, une option peut être utilisée afin d'améliorer le rendement, le risque proprement dit n'étant pas celui de subir une perte mais de ne pas réaliser un bénéfice. A ce titre, on peut admettre

- la vente à découvert (l'inscription) d'options d'achat ("Call") sur des titres que détient l'institution de prévoyance.

4. Autres opérations

Les transactions qui n'ont pas été mentionnées sous chiffres 1 à 3 sont en principe illicites, à l'exception de la "fermeture" de positions ouvertes, c'est-à-dire le rachat ou la revente d'engagements contractés ou de droits acquis selon les chiffres 1 à 3 ci-dessus. Dans de tels cas, les transactions doivent porter sur les mêmes prix d'exercice et le même délai d'exercice.

D'autres exceptions peuvent être envisagées dans le cadre d'une stratégie. Il s'agirait alors d'une dérogation, au sens de l'article 59 OPP 2, laquelle devrait être motivée d'une manière particulière envers l'autorité de surveillance. De telles stratégies exigent de la part des responsables de la gestion de la fortune une connaissance particulièrement approfondie de la matière.

5. Contrats sur "Indices"

Au lieu des "OPTIONS et FUTURES" sur certains titres, il est également possible d'effectuer de telles transactions sur des ensembles de titres ("Indices"). Lorsque des titres disponibles sont garantis au moyen de contrats sur "Indices", on veillera à ce que la composition de ces positions corresponde le plus possible aux "Indices". En cas de différences par rapport à l'indice, il faut prendre des mesures appropriées.

Compte rendu des transactions

L'utilisation d'instruments dérivés doit être mentionnée dans le rapport annuel. Les engagements qui en résultent sont à mentionner dans le bilan. Au besoin, on constituera des provisions. Les transactions réalisées au cours de l'année feront l'objet d'un rapport sommaire.

Pour ce qui est du contrôle de l'application des directives en matière de placements selon les articles 54 et 55 OPP 2, une liste séparée devrait en règle générale s'avérer nécessaire. En principe, les "Options et Futures" doivent toujours figurer dans la catégorie de placements dont ils sont dérivés, c'est-à-dire à laquelle appartiennent les titres de base sur lesquels se fonde l'opération. S'il s'agit d'achats de "Futures" et "Calls" ou d'achats à terme, la situation est déterminée par l'exercice des droits. Il en va de même pour les ventes à terme et les ventes de "Futures". Par contre, en cas d'achats d'options de vente (Puts) et de ventes de "Calls", le contrôle de l'application desdites limites devra encore tenir compte des réserves de base.

L'organe de contrôle doit examiner si des provisions sont nécessaires et, le cas échéant, si elles figurent correctement au bilan. En outre, il vérifie l'application des limites de placements en tenant compte des options, opérations à terme et "Futures".

67 Divers

1. Statut fiscal des indépendants sans personnel

Par circulaire du 25 novembre 1988 aux institutions communes et collectives de la prévoyance professionnelle, l'Administration fédérale des contributions a abordé le problème des indépendants sans personnel qui se sont affiliés à une institution de prévoyance commune ou collective. Elle y relève en substance qu'il ne sera désormais plus possible aux indépendants sans personnel de s'affilier à titre individuel à une institution de prévoyance en vue d'obtenir des déductions dans le domaine de l'impôt fédéral direct, sauf dans le cadre de la prévoyance facultative selon l'article 44 LPP. En même temps, elle indique les solutions qui peuvent être envisagées pour résilier ou modifier les affiliations non conformes d'indépendants sans personnel à des institutions du deuxième pilier. Ces informations ont également été portées à la connaissance des administrations fiscales cantonales.

Ci-après, nous reproduisons, avec le consentement de l'Administration fédérale des contributions, les possibilités de solution qu'elle propose:

- « 1. L'indépendant concerné peut suspendre le paiement des cotisations à l'institution de prévoyance où il était affilié jusqu'ici et laisser "geler" sa prévoyance. Les prestations doivent être imposées au même titre que celles du 2e pilier, à leur échéance.
- 2. Les capitaux de prévoyance accumulés peuvent aussi être transférés en franchise d'impôt à l'institution de prévoyance de l'association professionnelle ou de l'institution supplétive.
- 3. Les cotisations et les montants payés jusqu'ici peuvent en outre être transférés sur un compte de libre passage ou une assurance de libre passage auprès d'une institution au sens de l'article 2 de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986.
- 4. En principe, le capital-prévoyance accumulé jusqu'ici ne peut être transféré directement sur une forme reconnue de prévoyance individuelle liée puisqu'il représenterait un rachat non admis dans le pilier 3a. Dans certains cas toutefois, un régime transitoire peut se justifier pour la régularisation des contrats de prévoyance. Certains cantons prévoient déjà cette manière de faire pour l'impôt cantonal et communal. Le but du régime transitoire est de permettre le transfert, avec effet rétroactif, des cotisations payées depuis le 1er janvier 1985 aux institutions de prévoyance communes ou collectives sur une forme de prévoyance fiscalement reconnue. A titre exceptionnel, les cantons qui connaissent un tel régime transitoire n'imposeront pas les montants versés à partir du 1er janvier 1985, provenant de l'institution de prévoyance à laquelle le contribuable était affilié, si celui-ci les transfère sur un contrat ou une convention de prévoyance liée selon l'OPP 3. Les montants transférés dans le pilier 3a ajoutés à ceux qui ont déjà été versés directement par le contribuable pour cette forme de prévoyance

ne devront, pour la période allant de l'année 1985 à celle du transfert, en aucun cas excéder au total les maxima autorisés selon l'article 7, 1er alinéa, lettre b de l'OPP 3. Un solde éventuel doit être utilisé selon les modalités prévues sous chiffres 1 et 3 ci-avant. Les montants payés avant le 1er janvier 1985 doivent être gelés auprès de l'institution de prévoyance à laquelle le contribuable était affilié jusqu'ici. Pour des raisons d'économie administrative, nous acceptons que les cantons appliquent le même régime en ce qui concerne l'impôt fédéral direct.

Par ces mesures rectificatives, les autorités fiscales veulent donner la possibilité à l'indépendant de transférer son contrat de prévoyance dans un 2e pilier ou un pilier 3a fiscalement reconnu. Il lui est accordé pour le transfert un délai expirant au 31 décembre 1990; des réglementations cantonales prévoyant des délais plus courts demeurent toutefois réservées. A partir de 1991, le contrat liant le contribuable à l'institution commune ou collective ne sera plus reconnu sur le plan fiscal comme 2e pilier. »

2. Modifications du code des obligations: Dispositions sur la protection contre le licenciement et la résiliation des rapports de travail (art. 319 s. CO)

Le délai de référendum n'ayant pas été utilisé, le Conseil fédéral a décidé, en date du 31 août 1988, de mettre en vigueur au 1er janvier 1989 la présente révision du CO (cf. FF 1984 II 574, 1988 I 1378, HS 1988 1472). Les dispositions sur la prévoyance professionnelle n'ont pas été modifiées quant au fond, seul le catalogue des dispositions impératives au chapitre IV du code des obligations (art. 361 à 362 CO) fait l'objet de modifications:

Article	Anciennement	Nouvellement
331 (prévoyance en faveur du personnel)	absolument impératif	1 ^{er} et 2 ^e al.: absolument impératif 3 ^e et 4 ^e al.: relativement impératif
331 a et b (montant du libre passage)	relativement impératif	relativement impératif
331 c (exécution de l'obligation)	relativement impératif	absolument impératif
339 d (indemnité de départ; prestation de remplacement)	absolument impératif	relativement impératif

3. Jurisprudence: compensation de la prestation avec des créances en dommages-intérêts (art. 27, 2^e al., art. 39, 2^e al., LPP)

Le Tribunal fédéral des assurances a posé comme principe dans un arrêt du 25 février 1988 (publié dans l'ATF 114 V 33 s.) que le droit à la prestation de libre passage ne peut pas être compensé par la créance en dommages-intérêts que l'entreprise a cédée à la fondation même lorsqu'il s'agit d'un dommage intentionnel.

4. Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, de ses sous-commissions et groupes de travail

Depuis août 1988, la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a déployé, avec la collaboration des services spécialisés de l'OFAS, une intense activité. Les séances suivantes ont eu lieu :

Sous-commission "fonctionnement"

Cette sous-commission présidée par M. Lang a siégé quatre fois, à savoir les 22 août, 21 septembre, 11 novembre et 7 décembre. Elle a abordé des questions concernant les institutions de prévoyance collectives et communes, la gestion paritaire, le contentieux et le contrôle de l'affiliation des employeurs.

Le **groupe de travail "contrôle de l'affiliation des employeurs"** s'est réuni pour la deuxième et troisième fois le 31 août et le 28 novembre sous la présidence de M. B. Horber. Il a soumis à la sous-commission "fonctionnement" des propositions destinées à simplifier le régime en vigueur.

Le **groupe de travail "simplifications administratives"**, également constitué par la sous-commission "fonctionnement", a tenu séances le 3 octobre et le 10 novembre sous la présidence de M. L. von Deschwanden. Il a entendu plusieurs experts et a pris connaissance des réponses à l'enquête entreprise auprès des personnes et institutions concernées directement ou indirectement par l'application de la LPP. Il a dégagé des principes en vue de son rapport final.

Sous-commission "prestations"

La sous-commission "prestations", présidée par M. H. Walser, s'est réunie pour la troisième et quatrième fois le 1er septembre et le 29 novembre. Après avoir discuté et examiné à fond différents modèles, elle a adopté, à l'attention de la commission LPP, des propositions visant à améliorer la réglementation actuelle en matière de libre passage. En outre, elle a débattu des effets de la 10e révision de l'AVS sur la prévoyance professionnelle, pris position sur le rapport du groupe de travail "encouragement de la propriété du logement" dans le cadre du 2e pilier et s'est penchée sur les lacunes du système actuel de la déduction de coordination et sur les améliorations possibles.

Groupe de travail "conjoints divorcés"

Le groupe de travail a siégé le 27 septembre et le 7 décembre 1988, également sous la présidence de M. H. Walser. En collaboration avec des représentants de la commission d'experts chargée de réviser le droit sur le divorce, il a discuté du statut du conjoint divorcé dans le deuxième pilier et approfondi divers modèles de solution.

Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

Enfin la Commission plénière de la prévoyance professionnelle a siégé le 8 novembre sous la présidence de M. C. Crevoisier, directeur-suppléant de l'OFAS.

Elle a chargé la sous-commission "fonctionnement" d'examiner la possibilité, en cas d'insolvabilité, d'étendre les prestations du fonds de garantie également à la prévoyance plus étendue. Ensuite, elle s'est occupée de la coordination avec la 10ème révision de l'AVS, plus précisément au sujet des points en rapport avec la prévoyance professionnelle. Par ailleurs, elle a examiné si la prévoyance professionnelle pourrait aussi faire l'objet de conventions bilatérales de sécurité sociale, ce qui a finalement été jugé inopportun.