

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 25

Du 26 juillet 1993

TABLE DES MATIERES

- 150 La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle
- 151 La Commission LPP au cours du premier semestre 1993
- 152 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle
- 153 Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants
- 154 Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
- 155 Renforcement des dispositions en matière de placements de la prévoyance professionnelle
- 156 Les bonifications complémentaires pour les membres de la génération d'entrée ayant des revenus modestes
- 157 Qui peut se constituer une prévoyance selon le pilier 3a ?
- 158 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative
- 159 Augmentation des émoluments pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle

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

Jurisprudence

- 160 Intérêts moratoires prélevés sur les rentes d'invalidité
- 161 Droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé
- 162 Cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage
- 163 Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte définitivement la Suisse
- 164 Rente d'invalidité - Incapacité de travail d'une personne déjà invalide

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

150 La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

Début 1993, le Conseil a procédé à l'élection des membres de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle pour la 3e période administrative (1993-1996). Ceci nous permet de présenter brièvement les fondements légaux et les tâches de cette commission.

1. Fondement

L'article 85 alinéa 1 de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹ charge le Conseil fédéral d'instituer une commission fédérale de la prévoyance professionnelle, qui compte 21 membres au plus. Cette commission se compose de représentants de la Confédération et des cantons et, en majorité, de représentants des employeurs, des salariés et des institutions de prévoyance. Elle est habilitée à donner son avis au Conseil fédéral sur l'application et le développement de la prévoyance professionnelle².

Malgré l'énoncé clair de l'art. 85 LPP, la position et les tâches de cette commission ne sont pas suffisamment transparentes dans la pratique. Les explications données ci-après visent à clarifier quelque peu cette situation sans traiter le problème des commissions extra-parlementaires de manière trop approfondie.

2. L'intention du législateur

L'article 80 proposé à l'époque dans le projet du Conseil fédéral³, adopté sans modification en tant qu'article 85 dans la LPP, entendait créer, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, une commission telle qu'elle existe depuis 1965 pour l'AVS et l'AI⁴. Ce faisant, un droit de codécision permanent est accordé aux milieux concernés par l'exécution et le développement de la prévoyance professionnelle. Selon la conception du législateur, la commission peut s'exprimer sur les modifications nécessaires de la LPP et faire des suggestions sur ce plan⁵. La commission fédérale de la prévoyance professionnelle doit être entendue avant que des dispositions d'ordonnance ne soient promulguées. Même si le Conseil fédéral dispose, dans ses décisions, de toute liberté sur le plan juridique par rapport aux prises de position de la commission fédérale de la prévoyance professionnelle, la procédure prévue offre la garantie que l'on tient compte de manière adéquate de l'opinion des personnes particulièrement concernées et intéressées par la prévoyance professionnelle. Dans la pratique, l'avis et les recommandations de la commission ont un poids considérable⁶.

3. La place et le développement de la commission LPP

Le projet du Conseil fédéral de 1974 ne prévoyait pas que les pouvoirs publics soient représentés dans la commission, car la prévoyance professionnelle était considérée

¹ LPP; RS 831.40

² Art. 85 al. 2 LPP

³ Cf. Message du 19 décembre 1975, p. 124 s.

⁴ Cf art. 73 LAVS et art. 177 RAVS

⁵ Mentionné de manière aussi claire dans le 5e avant-projet des 15/16.1 resp. 1.2 1974

⁶ Message. p.70 chiffre 444

pour l'essentiel comme un domaine plutôt privé, autrement dit intéressant en particulier les partenaires sociaux. Le fait que la commission comprenne aujourd'hui des représentants des pouvoirs publics montre l'importance croissante de l'Etat en tant que "partenaire social" et la place qu'on lui accorde dans le cadre du deuxième pilier, que ce soit comme législateur, comme autorité judiciaire ou comme administration (par ex. autorité de surveillance, fisc, etc.). Les tâches incombant à la commission AVS/AI semblent évidentes en raison du fait que l'AVS et l'AI sont les assurances populaires sociales effectives de l'Etat. La prévoyance sociale n'a pas ce caractère public; c'est pourquoi la commission LPP nécessite une justification d'être particulière. Cette dernière consiste, sur le plan formel, en ce que cette commission permet de suppléer des procédures de consultation qui prennent beaucoup de temps, car elle associe en son sein une légitimation politique adéquate et des compétences techniques certaines en la matière.

La commission LPP comprend aussi des membres issus de milieux qui ne sont pas mentionnés dans la loi; ils ne représentent pas non plus les institutions de prévoyance au plan technique tel que défini dans la loi⁷, mais ils disposent des connaissances nécessaires à l'exécution de la prévoyance professionnelle dans les domaines du contrôle (experts de caisses de pension, organes de contrôle), de la technique actuarielle et des placements de capitaux.

Jusqu'à fin 1992, la commission se composait de 17 membres. Celle qui a été instituée pour la période administrative 1993-1996 en compte maintenant 21. On a cherché, à cet égard, à tenir compte des instructions du Conseil fédéral concernant la composition des commissions extra-parlementaires, en particulier en ce qui concerne la représentation équitable des femmes et des minorités linguistiques. En outre, les milieux scientifiques sont désormais représentés de manière accrue, car l'importance de questions fondamentales sur les plans démographique, économique, social et international ne cesse d'augmenter. Tout comme la commission AVS/AI dans le premier pilier, la commission LPP remplace la préparation, la réalisation et l'évaluation des procédures de consultation, lesquelles nécessitent beaucoup de temps et de travail. Cet aspect prend une importance particulière⁸ dans le domaine des assurances sociales⁹, dont l'évolution est très rapide. En outre, organiser des procédures de consultation parallèlement au travail de la commission LPP ne serait pas bon pour le développement de la prévoyance professionnelle. La commission perdrait en importance et en justification d'être tout en courant le risque d'être désavouée. Il est donc d'autant plus important que cette commission - dans laquelle les milieux principalement concernés et intéressés par la prévoyance professionnelle sont tous représentés - ne devienne pas trop pesante en raison de sa grandeur.

4. Les tâches et les activités de la commission LPP

Le règlement¹⁰ de la commission stipule que cette dernière se réunit selon les besoins, mais au moins une fois par année, et cela sur instruction du président ou suite à une demande écrite; l'assemblée devra comporter 8 membres au minimum.

⁷ Cf. art. 331 al. 1 CO et art. 48 al. 2 LPP

⁸ Dans le domaine de l'AVS. 10 révisions ont déjà été effectuées; la 11e est en préparation.

⁹ Cela n'exclut cependant pas que l'on procède à des consultations concernant certains nouveaux projets de loi, comme par exemple ceux relatifs au libre passage et à l'encouragement à la propriété du logement

¹⁰ Règlement intérieur du 12 juin 1985 de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle (non publié).

La commission peut prendre des décisions lorsque la majorité de ses membres sont présents. Les décisions sont prises à la majorité absolue des voix des membres présents. Le président dispose d'une voix et il a le pouvoir de trancher en cas d'égalité de suffrages. Il peut régler les affaires de moindre importance par voie de correspondance. Les membres peuvent se faire représenter, mais les suppléants n'ont qu'une voix consultative.

Le secrétariat de la commission est assuré par l'Office fédéral des assurances sociales. Les chefs d'office compétents dans le domaine spécifique traité en particulier lors de l'une ou l'autre séance peuvent participer à celle-ci avec voix consultative. Des représentants d'autres administrations fédérales¹¹ peuvent prendre part aux séances. Par ailleurs, le président peut faire appel à des experts externes pour l'examen de certains problèmes spécifiques.

La commission LPP est habilitée à instituer des sous-commissions composées de membres de la commission pour traiter de problèmes particuliers, par exemple la première révision de la LPP. Ces sous-commissions peuvent à leur tour solliciter la collaboration d'experts pour des questions spécifiques qu'elles ne pourraient résoudre elles-mêmes.

Les séances tenues par la commission LPP et ses sous-commissions ne sont pas publiques. Les délibérations ainsi que les documents de séance sont confidentiels. Les résultats de délibérations peuvent être publiés avec l'accord préalable du Département fédéral de l'Intérieur. Les membres de la commission sont cependant autorisés à informer de manière sommaire les milieux qu'ils représentent dans la commission sur les résultats des discussions. Mais ce faisant, ils n'ont pas le droit de remettre des documents.

Il est bien clair que la commission LPP n'est ni l'autorité de surveillance ni celle de la haute surveillance en matière de prévoyance professionnelle. Ces tâches sont plutôt dévolues au Conseil fédéral, à l'Office fédéral des assurances sociales et à d'autres administrations fédérales de même qu'aux autorités de surveillance cantonales¹².

Depuis sa constitution, la commission LPP a siégé à 24 reprises et a tenu deux séances en commun avec la commission AVS/AI. Elle s'est prononcée jusqu'à aujourd'hui sur plus de 100 questions ayant trait à la prévoyance. En outre, différents groupes de travail se sont penchés avant tout sur la révision de la LPP. Le résultat de leurs travaux est concrétisé dans les principes de la première révision de la LPP. Le programme de révision peut s'appuyer sur ces précieux travaux préparatoires.

5. L'avenir de la commission LPP

Elargie dans sa composition au début de cette troisième période administrative, cette commission mettra l'accent sur des points qui répondront encore mieux à son mandat légal. Vu les nombreux problèmes de politique social qui se posent, la priorité est accordée à la législation. La commission s'occupera donc moins des problèmes de tous les jours que de questions centrales touchant l'avenir de la

¹¹ Par ex. l'Office fédéral de la justice, l'Office fédéral des assurances privées, mais aussi l'administration fédérale des impôts

¹² Cf. art. 84 al. 2 CCS ainsi que les art. 61-64 et art. 3 s. OPP1

prévoyance professionnelle: la situation et le développement économique, l'intégration de la Suisse dans l'Espace européen, l'évolution démographique ainsi que les problèmes relevant de la politique financière et sociale.

Il apparaît judicieux que la présidence continue à être assumée par le directeur de l'OFAS. Si cette solution peut éventuellement parfois entraîner des conflits de loyauté, elle offre cependant le grand avantage de la cohérence et d'une synergie dans la préparation de la législation.

La tolérance et la confiance sont de rigueur pour assurer une collaboration constructive entre la commission et l'administration. Les expériences passées ont montré que des crispations sont possibles; il est nécessaire d'améliorer le climat de travail. Il n'y a pas ici de baguette magique! L'Office fédéral des assurances sociales est prêt à apporter sa contribution. Il faut cependant se montrer réaliste et accepter le fait que, si les points de vue et les intérêts sont différents, ces divergences doivent pouvoir être exprimées clairement, mais avec fair-play.

151 La commission LPP pendant le premier semestre 1993

La commission LPP a siégé à deux reprises durant le premier semestre 1993, plus précisément les 30 mars et 30 juin 1993. Elle a, pour l'essentiel, pris position sur quatre questions importantes posées par la première révision de la LPP. Elle s'est déclarée favorable à une amélioration des prestations en faveur des personnes faisant partie de la génération d'entrée. A cet égard, elle estime que l'on doit poursuivre dans un premier temps l'application du système des bonifications complémentaires. La commission encourage aussi les demandes réclamant que les rentes de vieillesse LPP soient adaptées jusqu'à un certain point au renchérissement; les discussions à ce propos ne sont pas encore terminées. Elle a en outre examiné les possibilités de garantir les prestations également dans le domaine hors obligatoire, certains problèmes épineux, touchant parfois même le droit constitutionnel, ayant encore surgi. Dans ce domaine, les discussions ne sont pas non plus encore achevées. Enfin, elle a décidé à l'unanimité de proposer au Conseil fédéral que les institutions collectives - qui ne font pas encore l'objet d'une réglementation dans la loi, mais qui sont très importantes dans la pratique - soient codifiées dans le CCS et le CO.

Pendant le deuxième semestre 93, la commission se prononcera non seulement sur les problèmes en suspens concernant l'adaptation au renchérissement et la garantie des prestations, mais aussi et avant tout sur les principes du placement de la fortune, sur l'égalité des droits entre femme et homme, sur la prévoyance professionnelle des chômeurs ainsi que sur l'élargissement des bénéficiaires de la prévoyance individuelle liée. En outre, elle doit également soumettre des propositions en ce qui concerne la situation de l'institution supplétive, et plus précisément le dédommagement accordé à celle-ci pour les tâches découlant du mandat qui lui est dévolu par la loi et qui ne peuvent être confiées à personne d'autre. Lors de la dernière séance qu'elle tiendra cette année, la commission examinera un aperçu et un arrêté général concernant la révision de la LPP, et exprimera son point de vue sur les deux ordonnances consacrées l'une au libre passage et l'autre à l'encouragement à la propriété du logement.

152 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle

(Art. 87 LPP, art. 2 OSRPP)

(Précisions et complément au Bulletin de prévoyance professionnelle n°16 ch. marg. 100)

Il convient de revenir sur le ch. marg. 100 du Bulletin de la prévoyance professionnelle n°16 du 28 septembre 1990, car il s'est avéré entre-temps que cet article devait être quelque peu complété et précisé, notamment en ce qui concerne la définition des notions "intérêt privé digne d'être protégé" et "dans les cas d'espèce". Il s'agit d'éviter de la sorte que des demandes abusives ne soient adressées aux caisses de compensation AVS. Ces dernières ne doivent fournir des renseignements aux organes de la prévoyance professionnelle que dans les cas prévus par la loi et sans que cela constitue la règle. Par ailleurs, les demandes doivent être dûment motivées.

1. L'article 2 de l'Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP) oblige les caisses de compensation AVS, en dérogation à l'obligation de garder le secret en vigueur visée à l'article 50 LAVS qui incombe en principe aux organes de l'AVS/AI, à communiquer dans le cas d'espèce aux institutions de la prévoyance professionnelle certains renseignements ainsi que les documents nécessaires (cf. art. 87 LPP). L'une des conditions essentielles à ces exceptions réside dans le fait que ces renseignements sont nécessaires à l'institution de prévoyance pour lui permettre de contrôler l'assujettissement des employeurs et de fixer les contributions ou les prestations. Mais ces renseignements ne doivent pas porter préjudice à un intérêt privé digne de protection. En d'autres termes, c'est à l'organe compétent qu'il appartient de décider, dans chaque cas d'espèce et selon le pouvoir d'appréciation dont il dispose, s'il doit ou non fournir le renseignement. Il doit veiller en l'occurrence à ce que le renseignement n'entraîne pour la personne concernée aucun préjudice injustifié, de nature personnelle, économique ou idéologique qui ne soit plus compatible avec l'objectif du renseignement, en relation concrète avec le contrôle de l'assujettissement des employeur, ou avec le calcul des cotisations ou des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire.

On ne peut déduire des faits matériels aucun point de repère particulier pouvant servir à l'interprétation de l'article 2 OSRPP. En revanche, l'objectif qui a été dévolu à ce dernier, c'est-à-dire imposer les buts visés par la réglementation spéciale (art. 1 OSRPP) que constitue l'obligation de garder le secret, appelle pour ainsi dire un maniement restrictif. C'est ce que l'on peut conclure de l'expression "dans le cas d'espèce", précision qui fait défaut dans le domaine de la réglementation AVS correspondante (art. 209 bis al. 1 let. c RAVS).

Ces cas d'espèce peuvent aussi bien concerner certaines personnes assurées que certains employeurs et leur personnel. Les points suivants semblent essentiels:

- de telles demandes ne doivent pas dégénérer en un flux général d'informations et de données entre les caisses de compensation et les institutions de prévoyance,
 - les caisses doivent empêcher dans toute la mesure du possible que les renseignements communiqués ne soient utilisés à mauvais escient,
 - le principe de l'obligation de garder le secret doit pouvoir être maintenu,
 - la protection des données concernant la personne assurée ne doit pas être violée et
 - le véritable rôle des organes de l'AVS (à savoir le contrôle de l'assujettissement) en matière de prévoyance professionnelle ne doit pas s'en trouver modifié.
2. Il convient en outre de tenir compte du fait que les institutions de prévoyance doivent au premier chef se procurer les informations nécessaires d'une autre manière. En concluant une convention d'affiliation ayant la réalisation de la prévoyance professionnelle pour objectif, l'employeur s'engage par écrit à communiquer à l'institution de prévoyance toutes les données nécessaires pour permettre à celle-ci de calculer les cotisations et les prestations.

Selon la pratique en vigueur, on peut faire valoir les violations de contrat en ce sens auprès du tribunal compétent selon l'article 73 LPP. Qui plus est, aux termes de l'article 10 OPP 2, l'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire et de lui fournir les indications nécessaires au calcul des cotisations. S'il refuse toutefois de donner ces renseignements ou s'il donne sciemment des renseignements inexacts, il se rend punissable (cf. art. 75 s. LPP).

3. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, on peut partir du principe qu'une attitude restrictive des caisses de compensations AVS est tout à fait en accord en l'espèce avec la réglementation visée à l'article 2 alinéa 2 OSRPP. Il serait donc possible de communiquer dans le cas d'espèce de manière limitée des renseignements et des documents qui ont été demandés, pour autant qu'ils soient réellement nécessaires au contrôle de l'assujettissement ou au calcul des cotisations ou des prestations, à condition qu'aucun intérêt privé digne de protection ne soit violé et que l'institution de prévoyance puisse préalablement fournir la preuve qu'elle a entrepris sans succès toutes les démarches mentionnées au point 2 que l'on peut raisonnablement attendre d'elle. C'est à la caisse de compensation compétente qu'il appartient de décider si c'est le cas.

153 Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants

(Art. 30, al. 2, lettre b LPP; art. 331 c, al. 4, lettre b, chiffre 2 CO)

Depuis quelque temps, les caisses de pension reçoivent plus en plus de demandes d'obtention du versement en espèces de leur prestation de libre passage de chômeurs qui allèguent être désormais établis à leur compte, en exhibant comme preuve une attestation délivrée par la Caisse de compensation de l'AVS.

En réalité, les caisses de compensation qui sont confrontées à ces demandes se sont rendu compte que, peu après, lesdits chômeurs demandent à pouvoir bénéficier à nouveau du statut de salarié et font annuler leur statut d'indépendant au sens de l'AVS. Il s'ensuit que la prestation de libre passage qui leur a été versée n'aura guère servi à leur permettre de s'établir à leur compte, mais uniquement à régler une dépense extraordinaire (dettes, vacances, voiture, etc.).

Cette manière de détourner le but de la prévoyance est évidemment inadmissible. Ainsi que le savent la plupart des caisses de pensions, le problème n'est pas nouveau, mais a toujours existé. Il s'apparente à celui du départ définitif à l'étranger d'une personne qui, après quelques mois revient en Suisse en ayant perçu son libre passage en espèces.

Il paraît utile d'énumérer à nouveau les principes applicables dans la législation actuelle.

Tout d'abord il convient de rappeler que la caisse de pension en sa qualité de débitrice de la prestation de libre passage est tenue de veiller à ce que celle-ci soit correctement affectée. Ainsi, doit-elle s'assurer que la personne a effectivement le statut d'indépendant. Les preuves incombent au demandeur, mais il y a lieu de se montrer plus restrictif quant à l'appréciation de celles-ci. Bien que cela ne soit guère aisé, la caisse de pension peut se fonder sur des éléments objectifs dans son appréciation.

En particulier, il ne faut plus uniquement se fonder sur la seule déclaration de l'AVS, mais bien s'assurer que la personne a entrepris les démarches nécessaires à l'exercice de sa nouvelle activité d'indépendant.

Dans le cas d'un chômeur qui n'a pas entièrement épuisé ses droits à l'assurance-chômage, la caisse peut refuser le versement en espèces tant que la personne continue - voire pourrait continuer - à percevoir des prestations de l'assurance-chômage, car son statut de salarié subsiste.

Pour les autres catégories de chômeurs (en fin de droit, étrangers qui rentrent chez eux), il y a quelques garde-fous que la caisse pourrait exiger, afin de s'assurer que le cas de versement en espèces de la prestation de libre passage est bien réalisé.

L'une des restrictions consisterait à observer un délai de carence tacite: la caisse pourrait "laisser durer" la procédure pendant quelques mois (mais attention : la caisse peut être appelée à verser des intérêts moratoires si elle possède tous les éléments du dossier et qu'elle tarde à rendre sa décision - en ce qui concerne

l'exigibilité des intérêts moratoires, lorsque la caisse est en demeure, nous renvoyons à la jurisprudence du TFA en la matière: ATF 115 V 27).

En corrélation avec le ralentissement de la procédure, des preuves pourraient être exigées des chômeurs par des actes concrets: réalisations entreprises en vue de l'exercice de l'activité indépendante; mandats déjà effectués, études en cours ou réalisées du marché potentiel, endroit où sera exercée l'activité, infrastructure mise en place, etc.

Dans tous les cas, si la caisse a de sérieux doutes quant au bien fondé de la demande, elle peut la refuser, en arguant le manque de preuves. Il appartiendra alors à l'intéressé qui entend maintenir cette demande de saisir le tribunal compétent par voie d'action (art. 73 LPP), ce qui aura pour effet soit de décourager des demandes abusives, soit de rallonger la procédure et ainsi d'arriver à une meilleure administration des preuves.

154 L'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Le Conseil national et le Conseil fédéral ont accepté le projet de loi sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle respectivement au cours de la session de printemps et de celle d'été 93, en y apportant quelques modifications. Les divergences qui subsistent devraient être éliminées au cours de la session d'automne 93.

1. L'article 34quater, alinéas 3 et 6 de la Constitution fédérale représente la base constitutionnelle de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. Cet encouragement n'est toutefois pas réglé de manière suffisamment complète et efficace dans le droit en vigueur. C'est ainsi que seule la moitié de l'avoir obligatoire de vieillesse est mise à la disposition des assurés. De plus, l'assuré ne peut faire valoir le droit à la prestation en capital qu'au moment où il prend sa retraite; cette possibilité n'est donc d'aucune utilité pour les assurés plus jeunes, qui ont notamment besoin de ce soutien financier pour acquérir la propriété de leur logement. La réglementation de la mise en gage ne concerne elle aussi que la moitié des prestations de vieillesse du régime obligatoire.

Les initiatives parlementaires de la conseillère nationale, Madame Spoerry, et du conseiller aux Etats, Monsieur Kündig, constituent le point de départ du présent projet de loi. Ces deux initiatives souhaitent mettre les fonds de la prévoyance professionnelle à la disposition des assurés de manière accrue, afin de leur permettre d'accéder à la propriété du logement.

2. Dans son programme de politique foncière et dans les Directives gouvernementales 1991-1995 qu'il a présentés en 1991, le Conseil fédéral a désigné l'encouragement à la propriété du logement comme étant une affaire urgente. Il considère que c'est une partie importante du catalogue de moyens destinés à améliorer la situation actuelle du marché de l'immobilier et des bien-fonds, tant du côté de l'offre que de la demande. C'est un impératif de

politique nationale et de politique de prévoyance que de relever le pourcentage de propriétaires en Suisse qui est de 30 pour cent actuellement. Il convient toutefois de souligner que l'augmentation obtenue par le biais des mesures proposées ne sera que de l'ordre de 5 pour cent.

A côté de la rente, du versement en capital et du paiement en espèces, l'encouragement à la propriété du logement sera une forme supplémentaire de prestations de la prévoyance professionnelle. Il faut que l'assuré puisse choisir la forme de prévoyance la plus appropriée pour lui. La mesure proposée permettra de pallier efficacement deux inconvénients: d'une part, la charge financière élevée que représentent les frais de logement pour les assurés âgés et, d'autre part, la dépréciation des prestations en espèces.

Les assurés doivent pouvoir disposer, pour la propriété du logement, des fonds non seulement de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais aussi de l'ensemble de la prévoyance. Toutefois, la moitié environ des fonds de la prévoyance professionnelle doit subsister sous forme d'espèces, car il arrive fréquemment lors de la survenance d'un cas de prévoyance que les assurés aient besoin plus particulièrement de liquidités. Voilà pourquoi le montant de l'avoir de prévoyance mis à disposition ne saura excéder celui de la prestation de libre passage acquis à l'âge de 50 ans.

Dans son projet de loi, le Conseil fédéral a proposé que le but de la prévoyance professionnelle soit garanti par un gage immobilier. Le Conseil national propose une restriction légale du droit d'aliéner. Le Conseil fédéral ne s'oppose pas à cette réglementation puisqu'elle permet aussi de garantir le but de la prévoyance. Lorsque l'assuré vend son logement avant la survenance d'un cas de prévoyance, il doit rembourser le montant reçu pour l'acquisition de ce dernier à une institution de prévoyance. Le Conseil fédéral est d'avis que le capital reçu ne devrait être assujéti à l'impôt que lors de la survenance d'un cas assuré afin que les assurés plus jeunes n'aient pas à supporter une charge financière trop élevée à un moment où ils auraient besoin, autant que possible, de l'intégralité des fonds de prévoyance pour acquérir leur logement. Le Conseil national propose cependant, pour des raisons d'ordre pratique, que l'imposition se fasse au moment du versement. Le Conseil fédéral ne s'oppose pas à cette solution pour autant que les cantons y souscrivent également, mais il tient à faire remarquer que, compte tenu de l'imposition élevée à laquelle sont soumises les prestations en capital dans certains cantons et des autres taxes que l'assuré doit payer lorsqu'il acquiert un logement, cette mesure perdrait de son efficacité pour bon nombre d'assurés.

Le projet de loi n'indique pas les buts concrets d'utilisation. Le Conseil fédéral les définira dans l'ordonnance. Y seront envisagés l'acquisition du logement en propriété, l'amortissement de prêts hypothécaires, le financement d'investissements afférents au logement ainsi que l'acquisition de parts ou de formes similaires de participation des locataires à des coopératives de construction ou d'habitation ou à des institutions de ce genre. De même, il conviendra de faire concorder dans l'ordonnance les objets afférents à l'encouragement à la propriété du logement avec les principes (liquidités, etc.) que doivent respecter les institutions de prévoyance.

3. La mesure proposée ne permet pas d'aider tous les assurés à accéder à la propriété du logement. L'effet qu'elles produira dépend en effet en premier lieu du niveau des prix pratiqués sur le marché immobilier. Bien que l'on constate en ce moment une certaine détente, les coûts demeurent insupportables pour un grand nombre d'assurés, même au moyen de la prévoyance professionnelle. L'effet de cette mesure dépend en outre de manière décisive de la durée pendant laquelle l'assuré a cotisé dans le cadre du deuxième pilier ainsi que du niveau auquel il y est assuré.

Le Conseil fédéral et le Conseil national proposent, en complément aux deux initiatives, de mettre aussi les fonds de la prévoyance professionnelle à disposition des assurés qui ne peuvent pas acquérir de logement afin qu'ils puissent diminuer leurs frais de logement. Cette mesure concerne avant tout les assurés ayant de faibles revenus. Ils peuvent ainsi maintenir leurs frais de logement à un niveau peu élevé en acquérant par exemple des parts de participation de coopératives.

L'encouragement à la propriété du logement n'est pas, au premier chef, un instrument de politique sociale mais un instrument de politique de prévoyance. Son objectif n'est pas, notamment, de redistribuer les revenus entre ceux qui gagnent bien et ceux qui gagnent moins, mais plutôt de faire en sorte que les assurés puissent utiliser de la meilleure manière possible, en fonction de leurs propres intérêts et dans un but reconnu par la pratique, leurs avoirs de prévoyance liés du deuxième pilier. Leur sens des responsabilités s'en trouvera renforcé, ils verront mieux l'utilité de la prévoyance.

155 Renforcement des dispositions en matière de placements dans la prévoyance professionnelle

Le Conseil fédéral décide d'adopter des mesures supplémentaires de surveillance en vue d'éviter aux assurés de subir des pertes en cas de non paiement des contributions et en cas de prêts accordés par les caisses de pension à l'employeur.

Situation initiale

Les cas de salariés ayant subi des pertes sur leurs droits envers la prévoyance professionnelle se sont multipliés ces derniers temps. Bien que ces cas soient peu nombreux, pour certains des salariés les pertes ont été considérables. Le fonds de garantie couvre certes les déficits touchant les avoirs de vieillesse LPP (environ 19 millions de francs en 1992), mais lorsque ces pertes surviennent dans le domaine hors obligatoire, les assurés ne bénéficient d'aucune protection (les données statistiques font défaut en l'occurrence). Ces problèmes ont une double origine: d'une part, certains employeurs confrontés à des difficultés économiques pendant une assez longue période ne versent ni les cotisations des salariés ni leurs propres contributions à l'institution de prévoyance et, d'autre part, certaines institutions de prévoyance accordent des prêts trop importants aux employeurs affiliés. C'est précisément en période de récession qu'existe le danger de voir se multiplier de tels abus.

Ces événements ont permis de constater que les dispositions en vigueur comme le système de surveillance présentent des lacunes. Lorsque de tels événements se produisent, il est fréquent que les autorités ne puissent pas intervenir à temps. En effet, l'autorité de surveillance ne reçoit en règle générale les comptes et le rapport annuels ainsi que le rapport de l'organe de contrôle que 6 mois environ après la clôture de l'exercice. A ce moment-là, l'employeur qui n'a pas payé les cotisations dues ou qui avait obtenu un "prêt" non autorisé de par sa position dans l'administration de la caisse, n'est souvent plus en mesure de rembourser sa dette lorsque ses affaires périclitent. En outre, à l'heure actuelle, il est permis d'octroyer à l'employeur des prêts à concurrence d'un montant qui ne permet pas d'exclure les abus.

Introduction de nouvelles dispositions en matière de surveillance

S'appuyant sur les propositions de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP, le Conseil fédéral a décidé d'adopter trois mesures dans le cadre d'une révision de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2). Ces mesures visent, d'une part, à permettre aux autorités de surveillance d'intervenir à temps lors d'irrégularités et, d'autre part, à empêcher que les institutions de prévoyance n'octroient aux employeurs affiliés des prêts trop importants sans garantie suffisante.

1. Introduction de l'obligation d'informer

La première mesure oblige l'institution de prévoyance à informer l'autorité de surveillance dès qu'un employeur a trois mois de retard dans le versement des cotisations réglementaires. L'institution de prévoyance doit aussi préalablement informer son autorité de surveillance lorsque de nouveaux placements chez l'employeur risquent de dépasser la limite autorisée.

2. Limitation des placements chez l'employeur

La deuxième mesure permet de limiter les placements sans garantie des fonds de la prévoyance professionnelle au montant des fonds non liés. Dorénavant, seuls les fonds qui ne sont pas liés aux prestations de libre passage ou aux capitaux de couverture destinés au versement des rentes en cours peuvent être placés sans garantie.

3. Renforcement des exigences en matière de garantie

Les placements chez l'employeur d'autres fonds ne sont possibles que moyennant une garantie. En principe, une garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque est nécessaire. Les hypothèques ne valent comme garantie que jusqu'à concurrence des 2/3 de la valeur vénale d'un immeuble; pour les immeubles de l'employeur qu'il affecte à des fins commerciales, ce pourcentage est restreint à la moitié de la valeur vénale.

Champ d'application des mesures et répercussions de ces dernières

Les dispositions de l'OPP 2 ne s'appliquent directement qu'aux institutions de la prévoyance professionnelle enregistrées, c'est-à-dire à celles qui réalisent le régime obligatoire de la LPP. L'OFAS, d'entente avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance, examinera les moyens d'étendre les nouvelles mesures aux institutions de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées.

Le Conseil fédéral est convaincu que les mesures décidées assureront à l'avenir une meilleure protection des assurés contre les pertes, tout en étant conscient qu'il n'est pas possible de garantir de manière absolue tous les droits inhérents à la prévoyance. Un pas supplémentaire dans cette direction n'est possible qu'en étendant au domaine hors obligatoire la prise en charge par le fonds de garantie de l'assurance en cas d'insolvabilité. Il est prévu de mettre en oeuvre cette mesure dans le cadre de la première révision de la LPP.

Nous reproduisons ci-après la teneur de la modification correspondante de l'ordonnance:

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

Modification du 1er juin 1993

Le Conseil fédéral suisse arrête

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est modifiée comme il suit:

Art. 57 1er al.

Dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, la fortune ne doit pas être placée sans garantie chez l'employeur.

Art. 58 Garantie (art. 71, 1er al., LPP)

¹ *La garantie des créances envers l'employeur doit être efficace et suffisante.*

² *Sont réputés comme garantie:*

- a la garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque soumise à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne;*
- b. les gages immobiliers jusqu'à concurrence des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble. Les immeubles de l'employeur qu'il affecte à des fins industrielles, commerciales ou artisanales ne peuvent toutefois être mis en gage que jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur vénale.*

³ Dans des cas particuliers, l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garanties.

Art. 58 a (nouveau) Obligation d'informer (art. 71, 1er al., LPP)

¹ Lorsque des contributions réglementaires n'ont pas été versées, l'institution de prévoyance doit en informer son autorité de surveillance dans un délai de trois mois à partir de la date d'échéance contractuelle.

² Avant d'effectuer de nouveaux placements sans garantie chez l'employeur, lorsqu'il n'est pas clairement établi que les placements envisagés ne concernent pas uniquement les moyens qui peuvent être placés de cette façon en vertu de l'article 57, 1er et 2e alinéas, l'institution de prévoyance doit informer son autorité de surveillance des nouveaux placements en les justifiant de manière suffisante.

³ L'institution de prévoyance doit informer son organe de contrôle des communications au sens des 1er et 2e alinéas

La présente modification entre en vigueur le 1er juillet 1993.

156 Les bonifications complémentaires pour les membres de la génération d'entrée à revenus modestes

(Article 33, 1er alinéa, LPP)

Situation initiale

Aux termes de l'article 11, 2e alinéa, des Dispositions transitoires de la Constitution¹³, le législateur est tenu de prévoir pour la génération d'entrée des mesures spéciales afin que ces assurés puissent bénéficier le plus vite possible des prestations minimales prévues par la loi.

Cette disposition constitutionnelle avait été édictée au regard d'une primauté légale des prestations. Or, la loi¹⁴ contenait - contrairement à la base constitutionnelle et au projet du Conseil fédéral et du Conseil national - non pas une primauté des prestations, mais une primauté des bonifications. Mais la demande fondamentale formulée à l'article 11, 2e alinéa, Disp. trans. cst., d'une intégration aussi rapide que possible des personnes faisant partie de la génération d'entrée dans le système de la LPP n'en a pas pour autant été abandonnée. Il convient plutôt qu'elle soit réalisée¹⁵ de la meilleure manière possible sur la base du système désormais ancré dans la loi.

Problème

Le législateur a réglé les demandes de la génération d'entrée essentiellement aux articles 31-33 et 70 LPP. Il est prévu, dans une première phase, que les personnes

¹³ Disp. trans. cst

¹⁴ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, LPP

¹⁵ Cf. les expertises Fleiner et Jagmetti, dans RCC 7/8, 1978

faisant partie de la génération d'entrée à des revenus modestes reçoivent d'abord des bonifications complémentaires. On part, en l'occurrence, du principe que la première révision LPP sera effective 10 ans après l'entrée en vigueur de la LPP, soit au 1er janvier 1995¹⁶. Le législateur a malheureusement commis une erreur à l'article 33, 1er alinéa, LPP, en ce sens qu'il a formulé la disposition comme il suit:

"Le Conseil fédéral définit les prestations minimales dues dans les cas d'assurance qui surviennent au cours des neuf ans suivant l'entrée en vigueur de la présente loi;..."

Cette erreur ne fut découverte que lors des travaux préparatoires à l'adaptation des bonifications complémentaires prévue pour l'année 1994. Des recherches approfondies dans les faits matériels de la loi n'ont fourni aucune autre explication que la suivante: il doit s'agir d'une erreur de formulation d'ordre linguistique. Aucun argument objectif ne permet en effet de soutenir qu'au cours de la dixième année suivant l'entrée en vigueur de la LPP - et ce sera l'année 1994 - on ne devrait plus accorder de bonifications complémentaires.

Cependant, lorsque la teneur d'une disposition n'a par elle-même aucun sens ni but, la jurisprudence du Tribunal fédéral veut que l'on s'en écarte dans l'application du droit. Par ailleurs, la sécurité du droit exige que l'on supprime aussi cette erreur le plus vite possible du point de vue formel dans la législation.

Solution

Un projet spécial (message accompagné d'un projet de loi) modifiera l'article 33, 1^{er} alinéa LPP, en ce sens qu'au lieu de fixer un délai de neuf ans, le Conseil fédéral règlera les prestations minimales jusqu'à l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision LPP. L'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle (OPP 2)¹⁷ devra être adaptée en conséquence.

La commission de la prévoyance professionnelle soutient cette solution.

157 Qui peut se constituer une prévoyance selon le pilier 3a?

(Art. 82 LPP; art. 1,2 OPP 2)

Les possibilités de constitution d'une prévoyance fiscalement avantageuse du pilier 3 a sont clairement définies pour les personnes qui exercent une activité lucrative en Suisse et qui y ont leur domicile. En revanche, la situation est moins nette si l'une des deux hypothèses n'est pas réalisée.

Le Tribunal fédéral a tranché cette question de manière circonstanciée, juridiquement indépendante et distincte, dans un jugement du 21 juin 1991, dans une affaire B. Il s'agissait d'un frontalier italien, qui exerçait son activité lucrative en Suisse et y était assuré à l'AVS/AI ainsi qu'à la prévoyance professionnelle. Bien que la réglementation du pilier 3a ressortit au domaine fiscal, le TF a décidé, se fondant sur la conception des 3 piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, ancrée

¹⁶ 16 Cf. art. 11 al. 2 disp. trans. cst

¹⁷ Art. 21-23 OPP 2

dans la Constitution, que l'accent est clairement mis sur la manière d'envisager les choses du point de vue de droit de la prévoyance. Nous fondant sur les considérants y relatifs de ce jugement, nous sommes d'avis qu'il faut en déduire ce qui suit, s'agissant du droit de la prévoyance: celui qui

- *exerce une activité lucrative et*
- *est assuré au premier pilier (AVS/AI)*

peut se constituer un pilier 3a.

A contrario, l'affiliation au 2e pilier n'est pas nécessaire.

a. Exercice d'une activité lucrative

La notion de l'activité lucrative dans le pilier 3 a est identique à celle du premier pilier (art. 1, al. 1, lettre b LAVS). Par conséquent, celui qui se trouve dans une position indépendante ou dépendante dans l'industrie, le commerce, l'artisanat, l'agriculture ou dans une profession libérale réalise un revenu de travail. L'exercice d'une activité lucrative à l'étranger entre également en considération si elle est exercée pour le compte d'un employeur en Suisse et que l'assuré est un ressortissant suisse (Circulaire sur l'assujettissement à l'assurance AVS/AI, Ch. 2033, 2045 s.).

b. Assurance dans le premier pilier (AVS/AI)

Le preneur de prévoyance du pilier 3 a doit être effectivement affilié à l'AVS/AI. Cela découle tout d'abord de la conception constitutionnelle des 3 piliers (art. 34 quater cst). Ensuite l'article 5 LPP prévoit que cette loi (la LPP) ne s'applique qu'aux personnes assurées à l'AVS. La LPP sert de base légale pour la prévoyance du 3^e pilier a (art. 82, al. 2 LPP).

Les personnes physiques sont assurées obligatoirement au premier pilier si elles ont leur domicile civil en Suisse et/ou si elles exercent une activité lucrative en Suisse. En outre, les ressortissants suisses sont assurés obligatoirement s'ils sont employés à l'étranger pour le compte d'un employeur en Suisse et qu'ils sont rémunérés par celui-ci (art. 1 LAVS). Les ressortissants suisses domiciliés à l'étranger peuvent s'assurer à titre facultatif (art. 2 LAVS).

S'agissant des personnes qui habitent dans un Etat et qui exercent leur activité lucrative dans un autre Etat, il y a lieu d'appliquer les conventions bilatérales sur la sécurité sociale que la Suisse a conclu avec les Etats en question. De telles conventions ont été signées avec tous les Etats frontaliers. Toutes ces conventions bilatérales que la Suisse a conclues se fondent sur le principe du lieu de revenu. Le principe du lieu de revenu, ou du lieu de travail suppose qu'une personne est principalement assurée à titre obligatoire conformément aux dispositions légales de l'Etat dans lequel elle exerce son activité lucrative.

Il y a quelques exceptions à ce principe. Les plus importantes concernent:

- les travailleurs détachés
- le personnel d'entreprises de transports
- le personnel des services publics
- le personnel diplomatique et consulaire
- les marins
- les travailleurs d'entreprises frontalières.

En résumé, l'assurance dans les trois piliers de la prévoyance VSI peut être représentée comme il suit:

Pays	Domicile en Suisse et activité professionnelle à l'étranger			Domicile à l'étranger et activité professionnelle en Suisse		
	En principe assuré en Suisse			En principe assuré en Suisse		
	Pilier 1	Pilier 2	Pilier 3a	Pilier 1	Pilier 2	Pilier 3a
Autriche	Non ¹⁸	Non ¹⁹	Non ²⁰	Oui ²¹	Oui ²²	Oui ²³
Allemagne	Non ¹⁸	Non ¹⁹	Non ²⁰	Oui ²¹	Oui ²²	Oui ²³
France	Non ¹⁸	Non ¹⁹	Non ²⁰	Oui ²¹	Oui ²²	Oui ²³
Italie	Non ¹⁸	Non ¹⁹	Non ²⁰	Oui ^{n²¹}	Oui ²²	Oui ²³
Liechtenstein	Non ¹⁸	Non ¹⁹	Non ²⁰	Oui ²¹	Oui ²²	Oui ²³

Dans le cadre de la première révision LPP, on examine actuellement dans quelle mesure le pilier 3a peut être élargi à un autre cercle de personnes assurables; les discussions ne sont pas encore terminées, en particulier celles entamées avec les autorités fiscales.

158 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative

(Art. 30 al. 2 let. c LPP; art. 331c al. 4 let. b chiffre 3 CO)

De plus en plus de femmes qui deviennent chômeuses demandent que la prestation de libre passage leur soit payée en espèces en faisant valoir qu'elles ont cessé d'exercer une activité lucrative. Aussi longtemps que la femme touche des indemnités de chômage, elle doit être dans tous les cas en mesure d'être placée sur le marché du travail. Dans ce cas, il est manifeste, sur le plan de droit de la prévoyance, qu'elle pense à reprendre l'activité professionnelle et l'on ne saurait ici parler d'un abandon durable de l'activité lucrative. L'institution de prévoyance ferait bien de se montrer critique à l'égard des assurées qui font part de telles intentions.

¹⁸ Oui si assuré à titre facultatif au 1er pilier

- En principe oui s'il s'agit de l'une des exceptions les plus importantes suivantes selon les conventions mentionnées ci-dessus au point b.

Pour plus de détails, cf. les conventions y relatives: avec l'Autriche (art. 7-10), avec l'Allemagne (art. 6-9), avec la France (art. 8-10), avec l'Italie (art. 5) et avec le Liechtenstein (art. 6-8)

¹⁹ Oui, pourvu qu'il y ait assurance facultative aux 1er et 2e piliers

²⁰ Oui, pourvu qu'il y ait assurance facultative au 1er pilier

²¹ En principe non s'il s'agit d'une exception selon la Convention au sens de la note 18 ci-dessus

²² Si les conditions minimales sont remplies (art. 2 LPP, art. 1 OPP2 et le règlement des institutions de prévoyance respectives), sinon non

²³ Non s'il n'y a pas d'assurance au premier pilier en raison d'une exception au sens de la note 18 ci-dessus

159 Augmentation des émoluments pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle

Au cours de la première année de chaque législature, les émoluments doivent être réexaminés et ajustés au sens des instructions à observer dans les dispositions réglementaires régissant les émoluments (15 mai 1984; FF 1984 11403 s.).

Lors de la séance qu'il a tenue le 7 juin 1993, le Conseil fédéral a approuvé une modification de l'Ordonnance instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (OEPP; AS 831.435.2). L'ordonnance a été modifiée comme il suit le 1 juillet 1993:

Art. 4 al. 2 let. e

² ... *L'émolument maximal s'élève à 3500 francs.*

Art. 5 al. 2 let. e

² *Il s'élève à:*

e. 500 francs lorsque les primes sont supérieures à 50 000 000 francs.

L'émolument de surveillance, qui comprend un émolument de base ainsi qu'un émolument supplémentaire lorsque la couverture des risques est confiée à des tiers, est calculée sur la fortune ou sur le montant des primes versées à des tiers pour la couverture des risques. Le relèvement du montant maximum de l'émolument de base tient compte aussi bien de l'évolution des prix que de celle de la fortune des institutions de prévoyance.

En ce qui concerne l'émolument supplémentaire, les calculs prennent également en compte l'augmentation du volume des primes.

Jurisprudence

160 Intérêts moratoires prélevés sur les rentes d'invalidité

(Arrêt du TFA du 3.2.1993 en la cause K.)

(Art. 102, 105 CO; art. 23, 24 LPP)

Dans la prévoyance professionnelle, l'obligation de payer des intérêts moratoires n'est pas seulement valable pour les prestations de libre passage (cf. la jurisprudence suivie jusqu'à présent dans ATF 116 V 112, 115 V 35). Elle s'applique aussi à toutes les autres prestations et créances de cotisations de l'institution de prévoyance. Lorsqu'il s'agit de prestations de libre passage, des intérêts moratoires sont dûs sans autre à partir de l'échéance de paiement (art. 102 CO); dans le domaine des rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité, des intérêts ne sont dûs qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice (art. 105 CO). En l'espèce, le tribunal a donc approuvé l'obligation de payer des intérêts moratoires de 5 pour cent sur une rente d'invalidité, ceci malgré le fait que les statuts de l'institution de prévoyance ne comportent pas de règle à ce sujet.

161 Jurisprudence: droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.12.1990 et du 30.3.1993 en la cause K)

(Art. 28 LPP; art. 331 b CO)

Le règlement de l'institution de prévoyance concernée prévoit que l'assuré a droit, à l'expiration du rapport de travail, au plein capital de couverture s'il a été congédié par l'entreprise de l'employeur. Le tribunal est parvenu à la conclusion qu'une démission de l'employé doit être considérée comme un licenciement de l'employeur lorsque l'employé a été placé sans équivoque devant le choix de donner son congé ou d'être congédié.

162 Jurisprudence: cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage

(Remarque à propos des arrêts du TFA du 2.2.1993 en la cause S. B. ainsi que du 25.9.1992 en la cause S. W.)

(Art. 28 LPP; art. 331b et 342 al. 1 let. a CO)

Si l'employeur prend à sa charge, en vertu d'un accord contractuel, des sommes de rachat ou des cotisations de l'employé, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être considérées, dans un cas de libre passage, comme appartenant à l'employé ou à l'employeur. Le tribunal constate que le contrat de travail à lui seul n'a pas d'effet sur le plan du droit de prévoyance. Si le règlement de l'institution de prévoyance ne prévoit rien de particulier sur cette question, il est nécessaire de convenir en la matière d'une clause écrite différente du règlement. Mais une institution de prévoyance de droit public doit disposer à cet égard d'une base juridique claire. Si une telle réglementation sur le plan du droit de prévoyance fait défaut, la prestation concernée de l'employeur dans le cas de libre passage continue à être considérée comme une prestation appartenant à l'employé.

163 Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque que l'assuré quitte définitivement la Suisse

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.1.1993 en la cause X)

(Art. 93 chiffre 13 LP)

Dans la pratique, les offices de poursuite essaient souvent de saisir la prestation de libre passage, notamment lorsque l'assuré quitte la Suisse définitivement et pourrait donc à ce titre faire valoir son droit au paiement de la prestation en espèces. Le Tribunal fédéral a maintenant tranché cette question si longtemps controversée. Il explique que la prestation de libre passage (que ce soit dans le régime obligatoire ou le régime hors obligatoire) au sens de l'article 93 chiffre 13 LP n'est pas considérée comme exigible et donc comme saisissable aussi longtemps qu'elle vise à maintenir la prévoyance. En l'espèce, l'employé, dans le cas de libre passage, a définitivement quitté la Suisse, cela sans avoir cependant présenté une demande de paiement de la prestation de libre passage. Le tribunal a établi que le fait de quitter la Suisse ne constituait pas à lui seul un motif suffisant pour pouvoir saisir la prestation de libre

passage. Aussi longtemps que l'assuré ne présente pas de demande de paiement en espèces, la prestation de libre passage reste insaisissable sur le plan du droit de poursuite. Le silence de l'assuré en la matière ne peut en aucun cas être interprété comme un consentement tacite à recevoir le paiement de la prestation de libre passage en espèces. Ces considérations du tribunal s'appliquent à notre avis aussi aux autres situations de paiement en espèces dans lesquelles l'assuré doit explicitement demander ce dernier (sauf si elles concernent une femme mariée ou une - activité lucrative indépendante).

164 Rente d'invalidité - Incapacité de travail d'une personne déjà invalide

(Remarque à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 1.9.1992 dans la cause R.)

(Art. 2, 10,23 LPP; Art. 1er al. 1 let. d OPP2)

Un assuré au bénéfice d'une rente entière d'invalidité, a été engagé pour effectuer un travail, pour lequel il a été affilié au fonds de prévoyance de l'employeur. Après un certain temps, en raison de cette invalidité, la poursuite du travail s'est avérée tout à fait impossible. L'assuré ayant fait une demande de pension d'invalidité auprès de sa caisse de pension qui l'a refusée, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de la manière suivante.

Les juges ont tout d'abord constaté que la déduction de coordination était plus basse que la limite inférieure légale de coordination. Par conséquent, la caisse de pension assurait un salaire qui se situait en deçà du minimum obligatoire, et par là, assurait la prévoyance dite sous-obligatoire, entrant dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Le Tribunal fédéral a donc conclu qu'il était nécessaire de procéder à un double examen en fonction des règles applicables à la fois au régime obligatoire et au régime hors obligatoire.

Du point de vue LPP minimum obligatoire, le Tribunal fédéral se fondant sur l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2 constate que les personnes invalides au sens de l'AI à raison des 2/3 au moins ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire, et ne peuvent non plus s'affilier à titre facultatif. A cette occasion, le Tribunal fédéral s'est penché sur la légalité de l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2, et a conclu à ce que la solution choisie par le Conseil fédéral n'est pas illégale, en ce sens que, il aurait été contraire à un principe fondamental en matière d'assurance de couvrir un risque déjà réalisé. Par ailleurs, le Tribunal fédéral relève qu'il est très rare qu'une personne invalide à raison des 2/3 au moins soit encore en mesure de réaliser un salaire supérieur au minimum de coordination.

En revanche, selon le Tribunal fédéral, l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2 ne permet pas d'exclure de l'assurance obligatoire des personnes qui ont été frappées d'une invalidité des 2/3 au moins et qui, ultérieurement, ont recouvré leur capacité de gain. Il en est de même pour les invalides de naissance qui parviennent, suite à la diminution de l'invalidité, à s'insérer dans la vie professionnelle. A cet effet, le Tribunal fédéral rappelle que pour que l'on puisse considérer que la capacité de gain d'une personne invalide jusqu'alors se soit améliorée dans une mesure qui permette un assujettissement à l'assurance obligatoire, il est nécessaire que ladite

amélioration ait été d'une certaine durée et qu'aucune aggravation prochaine ne soit à craindre. Par conséquent, un engagement temporaire ou une simple tentative de réadaptation ne suffirait pas à entraîner une affiliation à l'assurance. Enfin, à cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que pour décider de l'assujettissement d'une personne à la LPP, il faut tenir compte des circonstances du cas particulier, notamment de la nature de l'affection, du pronostic du médecin ainsi que des motifs qui ont conduit à l'engagement de l'intéressé. On ne saurait se fonder sans autres sur le délai de 3 mois prévu à l'article 88a alinéa 1 RAI, pour admettre que l'incapacité de travail est réduite ou supprimée.

Enfin, en se fondant sur la prévoyance plus étendue, le Tribunal fédéral constate que les institutions de prévoyance sont libres d'assurer des personnes invalides pour leur capacité résiduelle de gain. A cet effet, elles ont la possibilité d'instituer une réserve, limitée ou non dans le temps, pour l'affection qui est à l'origine de l'invalidité.