

Bulletin de la prévoyance professionnelle N°32

du 21 avril 1995

TABLE DES MATIERES

- 185 A propos de l'article 5, alinéa 1, lettre c, LFLP
- 186 Questions sur le libre passage.
- 187 LFLP: Réserves pour questions de santé
- 188 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
- 189 Instruction et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du registre foncier et du droit foncier
- 190 Correctif
- 191 Jurisprudence: L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

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.

185 A propos de l'article 5, alinéa 1, lettre c, LFLP

Cette disposition traite du paiement en espèces de la prestation de sortie lorsque le montant de cette dernière est inférieur aux cotisations annuelles de l'assuré. A cet égard, il se pose notamment la question de savoir comment déterminer le montant annuel des cotisations de l'assuré?

Il convient avant tout de rappeler que cette disposition vise essentiellement à éviter le cumul de capitaux insignifiants non susceptibles d'alimenter une rente de retraite. Par rapport à la pratique en cours jusqu'ici (anciens art. 30, al. 1, LPP et 331 c, al. 4, let. a ,CO), le principe reste le même, mais l'ancienne formulation controversée a été modifiée. La modification devrait permettre de sauvegarder davantage les droits de l'assuré en restreignant la notion du montant insignifiant.

Les cotisations sont fixées par les règlements de prévoyance. Pour déterminer le montant annuel des cotisations de l'assuré, il y a lieu de prendre la cotisation effective payée par l'assuré et la convertir en cotisation annuelle, au prorata de cette dernière. L'on procède de la sorte par analogie avec l'article 2 OPP2. Ainsi, pour un assuré qui a cotisé pendant 6 mois à raison d'un montant total de Fr. x, il faudra doubler le montant en question pour obtenir la cotisation annuelle. Cette dernière sera ensuite comparée à la prestation de sortie, calculée selon les articles 15 à 18 LFLP. Si le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel correspondant aux cotisations présumées de l'assuré pour l'année, il faudra verser la prestation de sortie en espèces.

Si l'employeur s'acquitte de l'intégralité ou de la plus grande partie de la cotisation, le montant de la prestation de sortie doit être inférieur au tiers de la cotisation totale, réputée cotisation de l'employé, au sens de l'article 17, alinéa 5, LFLP, pour pouvoir être versé en espèces.

Enfin, s'agissant des prestations de libre passage qui sont encore pendantes dans les institutions de prévoyance, elles sont régies par le nouveau droit en vigueur au 1er janvier 1995. Dès lors, lorsqu'elles représentent un montant insignifiant, elles pourront être versées en espèce.

186 Questions sur le libre passage

1. Est-ce que l'institution de prévoyance peut fonctionner comme institution de libre passage? Sinon que doit-elle faire et qu'en est-il des comptes de libre passage "en suspens" chez elle. Peut-elle verser le montant d'une prestation de sortie non réclamée par l'assuré auprès d'une institution de libre passage de son choix?

L'institution de prévoyance ne peut pas fonctionner comme institution de libre passage. En particulier, elle ne peut pas garder ainsi des comptes de libre passage. Elle ne peut pas non plus les verser à une institution de libre passage de son choix, mais seulement sur indication de l'assuré, au choix de ce dernier. Si l'assuré ne se détermine pas: elle doit effectuer le transfert auprès de l'institution supplétive.

2. Les contributions supplémentaires perçues auprès des assurés et des employeurs au titre de contributions de solidarité pour l'amélioration des pensions des assurés âgés doivent-elles être remboursées au titre de versement minimum au sens de l'art. 17 ?

Toutes les contributions payées par l'assuré doivent lui être remboursées; dès lors les cotisations de solidarité doivent l'être aussi et la caisse qui entend maintenir des contributions sous cette forme doit en trouver un nouveau mode de financement (contributions par l'employeur seul ou par le biais des fonds libres).

3. Les caisses non enregistrées sont-elles tenues de respecter les lois sur le libre passage et l'encouragement au logement, même s'il s'agit de fondations essentiellement patronales ou internationales de prévoyance?

La loi sur le libre passage s'applique à tous les rapports de prévoyance fondés sur un règlement d'institutions de prévoyance de droit public ou privé qui accordent des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Dès lors, même les caisses non enregistrées et les fondations patronales prévoyant de telles prestations sont soumises à la LFLP (art. 1, al. 2, LFLP).

Il se pose la question de savoir si une fondation patronale est tenue d'appliquer la LFEL, et si oui, sur quelle base. Par exemple: une fondation purement patronale (financée uniquement par l'employeur) qui octroie, sur la base d'un règlement, uniquement des prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité (en dehors de la LPP) aux salariés de l'entreprise qui comptent au moins dix ans de travail au sein de l'entreprise et qui ont atteint un certain âge, à l'exclusion de toute autre prestation. Cette fondation doit-elle verser une prestation de libre passage en cas de sortie avant la réalisation du cas de prévoyance et aux conditions de la LFLP et donne-t-elle à l'assuré un droit au prélèvement anticipé pour son logement?

Pour ce qui est du libre passage, et vu le texte clair de l'article 1^{er} de la LFLP, la réponse est oui. Il en est de même pour ce qui est du logement, en vertu de l'article 30a, LFEPL, respectivement de l'article premier de la LFLP et au vu de la jurisprudence du TFA (117 V 214 - cf Bulletin de la prévoyance professionnelle no 23, ch. 143).

En revanche, s'il s'agit d'une institution qui octroie des prestations à titre purement bénévole sans qu'il n'en découle un droit, même conditionnel, pour les assurés, la réponse est non.

4. Droit transitoire: si le congé est donné en 1994 et que l'assuré reprend un emploi en 1995, quel droit s'appliquera?

R. : Pour la sortie de l'institution de prévoyance, il y a lieu d'appliquer la LPP et le CO, ainsi que les règlements de l'institution de prévoyance sur la base du droit en vigueur en 1994. En revanche, s'agissant de l'entrée en 1995 dans la nouvelle institution de prévoyance, on appliquera les dispositions de la LFLP. Ainsi, dans cet ordre d'idées, l'assuré qui quitte une institution à fin décembre 1994 et qui entre dans la nouvelle au début janvier 1995 ne peut plus décider de ne transférer qu'une partie

de la prestation de libre passage à la nouvelle institution et mettre l'autre partie sur un compte bloqué. Il y a lieu toutefois de réserver l'article 13 LFLP.

5. En cas de divorce commencé sous l'empire de l'ancien droit et qui se poursuit sous celui du nouveau droit, notamment quant aux effets matrimoniaux, quel droit appliquer?.

On peut répondre à cette question comme pour la précédente. Seulement, elle soulève quelques difficultés, notamment s'agissant de l'état de la procédure. On pourrait estimer que, si on se trouve encore au stade de la 1^{ère} instance, on appliquerait l'ancien droit, pour éviter de recommencer à nouveau les actes de procédure déroulés compte tenu de l'ancien droit (par exemple: conventions). Par contre, si on passe à l'instance supérieure, sur recours, on peut revoir le tout et appliquer le nouveau droit.

La question est toutefois plus délicate qu'elle n'y paraît. Si par exemple, les époux ont obtenu un jugement de séparation sous l'empire de l'ancien droit, avec liquidation du régime matrimonial et des effets patrimoniaux du mariage, mais qu'ils obtiennent un divorce dès 1995, pourra-t-on revoir les décisions prises auparavant? N'y a-t-il pas de risques d'abus de droit? De même en instance supérieure, si les époux ont introduit un recours sous l'empire de l'ancien droit et que le jugement a lieu sous le nouveau droit, qu'en est-il? En particulier si les époux ne contestent pas les effets pécuniaires mais que le recours porte sur une seule question (par ex: garde des enfants, etc.). En principe, il sied de laisser au juge le soin de décider du droit applicable.

187 LFLP: Réserves pour questions de santé

Peut-on prendre en compte dans le calcul du délai de 5 ans fixé à l'article 331c CO la durée des réserves pour raison de santé antérieure à l'entrée en vigueur de la LFLP?

Nous avons exposé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 31, ch. 181, § 2, le fonctionnement de la réglementation concernant les réserves pour raisons de santé contenue à l'article 14 de la loi fédérale sur libre passage (LFLP). Comme nous l'avons vu, cette réglementation protège l'assuré sortant et ne le pénalise pas lorsqu'il entre dans une nouvelle caisse. Elle ne concerne donc pas l'assuré qui demeure dans l'institution de prévoyance. Son statut à l'égard des réserves pour raison de santé est régi par le code des obligations (CO), et, en particulier, par le nouvel article 331c CO.

Selon cette disposition, une institution de prévoyance peut imposer à l'assuré des réserves pour raisons de santé pour une durée de 5 ans au plus. C'est la prévoyance plus étendue qui est visée ici, car dans le cadre du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle (LPP), de telles réserves sont exclues pour les salariés. La question qui se pose et qui est sujette à controverse est celle de savoir si l'on peut tenir compte ou non, dans le calcul de la durée précitée, des rapports de prévoyance antérieurs au 1^{er} janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de la LFLP. Certains milieux sont d'avis, en se fondant sur les dispositions transitoires de la LFLP, que l'article 331 c CO n'a pas d'effet rétroactif et qu'il y a lieu par conséquent de ne pas tenir compte de la (jurée déjà écoulee des réserves pour raisons de santé. Cette interprétation est, à notre avis, contraire à l'esprit de la loi pour les raisons suivantes:

- Elle aurait pour conséquence que l'assuré qui est déjà au bénéfice d'une durée de réserve avant l'entrée en vigueur de la LFLP serait contraint de tolérer une réserve supplémentaire de 5 ans au plus, ce qui est contradictoire sur le plan de la politique sociale;
- Elle introduirait une inégalité de traitement flagrante entre les assurés qui demeurent dans une institution de prévoyance et ceux qui sortent d'une caisse de pension. Pour ces derniers, en effet, en vertu de l'article 14 LFLP, la durée de réserve pour raisons de santé accomplie antérieurement, à savoir dans l'ancienne caisse de pensions, peut être imputée et l'on ne voit pas pourquoi il devrait ne pas en être de même à l'égard des assurés qui restent. Dans le cas contraire, ces derniers seraient fortement pénalisés et ce n'est certainement pas ce qu'à voulu notre législateur.
- Un représentant de l'office fédéral de la justice justifie la rétroactivité de l'article 331 c CO en appliquant par analogie une disposition transitoire du Titre final du ces qui prévoit que ce dernier s'applique également aux cas qui remontent à une époque antérieure à son entrée en vigueur. Tout en nous ralliant à cet avis, on pourrait aussi se demander dans quelle mesure la non prise en compte de la durée antérieure d'une réserve de santé ne conduirait pas à une violation de l'article 2 CCS en vertu duquel l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Il est évident que ces considérations valent également pour la prévoyance allant en sus de la prévoyance apportée par l'assuré lorsqu'il entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'article 331c CO étant applicable en pareil cas.

188 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

1. Comment, en l'absence de registre foncier, l'institution de prévoyance peut-elle savoir si le versement anticipé servira effectivement à un logement ou s'il n'y a pas de risque de détournement de ces fonds? Quand la caisse est-elle libérée et sur la base de quels documents?

En principe, l'institution peut exiger un document provenant des autorités communales du lieu de situation de l'immeuble ou une attestation de l'institut bancaire ou de financement attestant que le montant réclamé l'est pour un logement. Elle peut demander un acte notarié, notamment dans les Etats comme la France ou l'Italie où cela se fait couramment.

En France, il existe une sorte de registre foncier qui s'appelle "Bureau de conservation des hypothèques", géré par les Départements et qui pourrait attester de l'état de la propriété immobilière d'un assuré.

Par ailleurs, pour s'assurer que le montant du prélèvement anticipé lui soit restitué en cas de vente de la maison ou lorsque l'assuré décède sans héritiers, la caisse peut passer une convention de remboursement avec l'assuré, opposable à ses héritiers.

2. Un assuré invalide ou sur le point de devenir invalide a-t-il droit au versement anticipé?

Non, un assuré reconnu comme totalement invalide au sens de la LPP ou sur le point d'être reconnu comme tel n'a pas droit au versement anticipé. Il peut en effet plus prétendre, tant qu'il demeure invalide, à une prestation de libre passage, laquelle constitue le substrat du versement anticipé. Par contre, les bénéficiaires d'une rente partielle d'invalidité peuvent demander à leur institution le versement anticipé de leur avoir de prévoyance correspondant à leur capacité (partielle) de travail.

3. Une personne assurée peut-elle prétendre à un versement anticipé pour un logement uniquement en propriété de son conjoint?

Un versement anticipé ne peut être octroyé par une institution de prévoyance à un assuré que dans la mesure où ce dernier a un titre de propriété sur le bien immobilier pour lequel le versement en question est sollicité. Cette exigence découle de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL). Un engagement contractuel, quel que soit son contenu (par ex. s'engager à ne pas vendre la maison sans le consentement de la personne assurée sans titre de propriété ou à rembourser immédiatement le montant du versement anticipé à l'institution de prévoyance en cas de vente) et sa forme (notarié ou non), ne saurait en effet présenter la même sûreté pour l'assuré que l'inscription en tant que propriétaire au Registre foncier. De surcroît l'institution de prévoyance ne pourrait pas, en cas d'octroi d'un versement anticipé à un assuré sans titre de propriété obtenir du registre foncier la mention de la restriction du droit d'aliéner afin de garantir le but de prévoyance.

4. Une personne assurée peut-elle amortir dans un premier temps un prêt hypothécaire au moyen d'un versement anticipé et, peu après, augmenter à nouveau le prêt hypothécaire afin d'utiliser les fonds reçus pour acquérir des biens mobiliers par exemple?

En l'occurrence, aucune disposition légale n'interdit expressément à l'assuré, pas plus qu'à la banque auprès de laquelle il a contracté le prêt hypothécaire d'agir de la sorte. Il n'en demeure pas moins que cette façon de procéder est contraire tant à l'esprit qu'au but de la loi et que l'article 15 de l'ordonnance tend précisément, dans une certaine mesure, à prévenir ce genre d'abus.

5. Un étranger ayant un permis B ou C et qui se trouve en Suisse avec toute sa famille peut-il bénéficier d'un versement anticipé pour une maison située à l'étranger, dans son pays d'origine?

Non, car cette maison située à l'étranger ne constitue ni son lieu de domicile ni son lieu de résidence. En revanche, la question est plus délicate si les parents (femme et enfants) de la personne assurée au bénéfice de tels permis sont restées dans le pays d'origine et que cette dernière se rend régulièrement auprès d'eux. On peut considérer, dans ce cas, que le lieu de séjour habituel de cette personne assurée est à l'endroit où vit sa famille et lui verser le montant du versement anticipé pour son logement à l'étranger.

6. Versement anticipé et mise en gage dans le cas d'une maison à logements multiples (sans propriété par étages) - sont-ils autorisés? (art. 2 et 4 OEPL)

L'article 2 OEPL ne cite pas de manière explicite la maison à logements multiples parmi les objets sur lesquels peut porter l'encouragement à la propriété du logement. En conséquence, un versement anticipé est-il autorisé lorsqu'un assuré occupe lui-même un appartement dans la maison à logements multiples (qui n'est pas divisée en propriété par étages) dont il est propriétaire?

Nous considérons que le versement anticipé est admissible pour les motifs suivants (qui sont également valables pour la mise en gage):

- Aux termes de l'article 2, 1^{er} alinéa, OEPL, les objets sur lesquels peut porter l'encouragement à la propriété du logement sont l'appartement ou la maison familiale. La propriété est l'une des formes autorisées de propriété du logement citées dans le même article, 28 alinéa, lettre a. Les conditions permettant le versement anticipé sont ainsi globalement remplies puisque l'assuré occupe lui-même un appartement tout en étant propriétaire (de la totalité de l'immeuble).
- L'article 3, 1^{er} alinéa, de l'ancienne OEPL (RS 831.426.4) abrogée le 31 décembre 1994, définissait comme suit la propriété du logement: « Par propriété du logement de l'assuré, on entend sa maison familiale, son appartement ou sa part de logement dans d'autres bâtiments ». Dans le cas évoqué ici, l'assuré aurait, par conséquent, pu bénéficier d'un versement anticipé en vertu de l'ancien droit. Comme le législateur entendait reprendre l'ancienne définition (cf. Message concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, p. 29), il faut en déduire que le versement anticipé est aussi autorisé selon le nouveau droit.
- L'objet et le but de la loi n'interdisent pas non plus le versement anticipé pour la part habitée par l'assuré lui-même dans une maison à logements multiples; au contraire, l'idée de base de la loi - réduction des frais de logement pour la vieillesse - dicte aussi l'admissibilité du versement anticipé dans de tels cas. Il faut cependant aussi veiller à ce que l'assuré occupe réellement lui-même le logement concerné. Il importe également que le versement anticipé ne prenne pas le caractère d'un investissement dans l'immobilier; c'est pourquoi le montant du versement anticipé ne saurait dépasser la valeur du logement qu'occupe l'assuré par rapport à la valeur de l'ensemble de l'immeuble.

La responsabilité de décider si les conditions d'un versement anticipé sont remplies dans le cas d'espèce incombe à l'institution de prévoyance. Elle doit en outre fixer le montant maximal de ce versement, lequel ne peut pas être supérieur à la valeur du logement occupé par l'assuré. Ce dernier devra pour sa part prouver à l'institution de prévoyance la valeur de son logement par rapport à la valeur de l'ensemble de l'immeuble.

189 Instruction et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du registre foncier et du droit foncier

L'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier a, en collaboration avec l'OFAS, édicté le 29 décembre 1994, une instruction sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation conformément à l'article 30e, 1^{er} alinéa LPP et, le 3 mars 1995, une directive complétant cette instruction. L'instruction et la directive s'adressent aux registres fonciers et visent à garantir que la mention s'effectue selon la technique du droit foncier. En même temps, elles fixent les conditions matérielles que les institutions de prévoyance doivent remplir pour annoncer la restriction du droit d'aliéner auprès du registre foncier.

Afin que les institutions de prévoyance aient une meilleure approche de ce domaine qui leur est étranger, l'OFAS s'est résolu à publier le texte de l'instruction et de la directive la complétant dans son bulletin de la prévoyance professionnelle. C'est néanmoins le texte édité par l'office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier qui fait foi.

L'OFAS attire particulièrement l'attention des institutions de prévoyance sur le chiffre 2.6 de l'instruction, où sont énumérées les données que doit contenir la réquisition. Le consentement écrit de l'assuré est notamment exigé en vue de la réquisition de la mention au registre foncier. Dès lors, l'institution de prévoyance doit prendre soin de demander le consentement de la personne assurée afin de requérir la mention de la restriction du droit d'aliéner, comme il est d'usage, lors du versement anticipé.

Mentionnons encore que l'office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier prépare une publication qui indique le registre foncier compétent pour chaque commune suisse. Cette publication pourra être obtenue dans sa nouvelle version, dès la mi-95, auprès de l'OCFIM.

Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
--

Instruction aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation

L'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier,
 vu les articles 80, 5e alinéa, et 104a, 1er alinéa, lettre b, de l'ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (teneur du 23.11.1994),
 en accord avec l'Office fédéral des assurances sociales,

arrête:

1. Bases et principes

1.1 Le 3 octobre 1994, le Conseil fédéral a mis en vigueur au 1er janvier 1995 la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (RO 1994 2372) et adopté l'ordonnance y relative (OEPL; RS 831.411, RO 1994 2379). La loi n'est pas publiée comme telle dans le RS car elle n'a pour objet que de modifier la LPP (RS 831.40) et le CO (RS22Q).

1.2 Pour encourager la propriété du logement, le nouvel article 30b LPP prévoit que l'assuré peut mettre en gage le droit aux prestations de prévoyance ou un montant à concurrence de sa prestation de libre passage conformément à l'article 331 d CO.

1.3 Conformément aux articles 30c LPP et 331e CO, l'assuré peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement anticipé d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins.
 Le versement anticipé doit être remboursé par l'assuré ou ses héritiers conformément aux articles 30d, 1er alinéa, LPP et 331e, 8e alinéa, CO si le logement en propriété est vendu, que des droits équivalant économiquement à une aliénation soient constitués sur le logement en propriété ou qu'aucune prestation de prévoyance ne soit exigible en cas de décès de l'assuré.
 L'assuré peut rembourser en tout temps le montant perçu, conformément aux articles 30d, 2e et 3e alinéas, LPP et 331e, 8e alinéa, CO.

1.4 Selon l'article 2, 1er alinéa, OEPL, les objets sur lesquels peut porter la propriété encouragée par la loi sont l'appartement et la maison familiale; les maisons de vacances et les résidences secondaires ne constituent pas de tels objets.

L'institution de prévoyance examine si les conditions posées pour la propriété du logement sont remplies (cf. aussi art. 10 OEPL). Le conservateur du registre foncier n'écarte que les cas dans lesquels il est manifeste que l'objet ne convient pas à des fins d'habitation (par ex., fabriques ou forêts).

Les formes autorisées de propriété du logement sont la propriété individuelle, la copropriété (notamment la propriété par étages), la propriété commune de la

personne assurée avec son conjoint et le droit de superficie distinct et permanent (art. 2, 2e al., OEPL).

- 1.5 Pour maintenir les fonds de prévoyance dans le circuit de la prévoyance ainsi que pour garantir le but de la prévoyance, l'article 30e LPP prévoit au 1er alinéa que l'assuré ou ses héritiers ne peuvent vendre le logement en propriété financé par les fonds de la prévoyance que sous réserve de certaines conditions (cf. art. 30d LPP déjà mentionné). Est également considérée comme vente (non forcée), la-cession de droits qui équivalent économiquement à une aliénation. La loi et l'ordonnance ne donnent pas d'exemple de tels droits. Mais on peut penser à un usufruit, à un droit de superficie distinct et permanent, etc. Selon l'article 30e, 2e alinéa, LPP, cette restriction du droit d'aliéner doit être mentionnée au registre foncier (cf. ch. 2).
- 1.6 La "restriction du droit d'aliéner selon la LPP" n'est pas une restriction qui porte techniquement sur le droit d'aliéner; elle ne limite pas l'acte d'obligation, mais le pouvoir de disposer.
Que cette restriction ne porte pas sur la conclusion du contrat mais sur le pouvoir de disposer selon les droits réels résulte notamment de l'article 30e, 3e alinéa, lettre d, LPP, en vertu duquel la mention peut être radiée lorsqu'il est établi que le montant investi dans la propriété du logement a été transféré selon l'article 30d LPP à l'institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution de libre passage.
- 1.7 Si un acte de vente (ou un acte équivalant économiquement à une aliénation), portant sur un immeuble qui fait l'objet d'une mention de restriction du droit d'aliéner selon la LPP, est déposé au registre foncier en vue de l'inscription, le conservateur ne peut inscrire l'acquéreur comme propriétaire que si la mention peut être radiée (cf. ch. 3) ou qu'il s'agisse d'une vente qui n'est pas considérée comme une aliénation au sens de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (cf. ch. 1.8).
La LPP énumère à l'article 30e, 3e alinéa, les cas dans lesquels la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP peut être radiée.
- 1.8 Le transfert de propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance n'est pas une aliénation (art. 30e, 1er al., 3e phrase, LPP). Dans ce cas, la mention est maintenue au registre foncier et ne peut pas être radiée.

2. Réquisition concernant la mention en cas de versement anticipé

- 2.1 Si l'assuré obtient un versement anticipé, l'institution de prévoyance doit requérir lors du versement la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner au sens de l'article 30e, 1er alinéa, LPP (art. 30e, 2e al., LPP).
- 2.2 L'office du registre foncier compétent est celui du lieu où se trouve le logement en propriété.
- 2.3 La réquisition concernant la mention peut être présentée soit par l'institution de prévoyance soit par la personne habilitée à dresser des actes authentiques en même temps que la réquisition concernant l'acte d'acquisition.

- 2.4 Le conservateur délivre à l'institution de prévoyance qui en fait la demande par écrit une attestation certifiant que la restriction du droit d'aliéner selon la LPP est mentionnée au registre foncier. Dans ce cas, il est recommandé d'envoyer la réquisition en double, de manière que l'attestation puisse se faire sur le double.
- 2.5 La réquisition concernant la mention implique que l'assuré soit déjà propriétaire (individuel, copropriétaire ou propriétaire en main commune) du logement pour le financement duquel il a obtenu un versement anticipé, c'est-à-dire que l'inscription concernant l'acte d'acquisition de l'assuré soit déjà requise au registre foncier.
En outre, la personne désignée comme propriétaire dans la réquisition concernant la mention et l'objet qui lui appartient en propriété doivent être identiques respectivement à la personne inscrite au registre foncier et à l'objet dont elle est propriétaire.
Si l'une de ces conditions fait défaut, le conservateur rejette la réquisition.
- 2.6 La réquisition doit contenir au moins les données suivantes:
- 2.61 L'adresse de l'office du registre foncier compétent.
- 2.62 L'identification précise de l'immeuble concerné (désignation de la commune ou de l'arrondissement communal et numéro de l'immeuble; art. 1a, 1er al., ORF) ainsi que, en cas de copropriété, la désignation de la part concernée lorsque les parts ne sont pas immatriculées comme immeubles (c'est-à-dire qu'elles n'ont pas reçu de feuillet séparé au grand livre; art. 31, 1er al., let. e, ORF).
- 2.63 L'identification précise du propriétaire (nom, prénom, date de naissance; art. 13a ORF) ainsi que son adresse (art. 108, 4e al., ORF). En cas de propriété commune avec le conjoint, les données personnelles relatives à ce dernier doivent aussi être précisées.
- 2.64 Le consentement écrit de l'assuré propriétaire en vue de la réquisition concernant la mention au registre foncier ainsi que, le cas échéant, le consentement de son conjoint en cas de propriété commune avec lui.
Le consentement peut aussi figurer sur un acte séparé (en original ou en copie).
- 2.65 Le nom (raison sociale) et l'adresse de l'institution de prévoyance requérante (éventuellement de son représentant).
- 2.66 La signature de l'institution de prévoyance.
Le conservateur ne doit pas vérifier si, dans les rapports internes, le signataire a le droit de signature.
- 2.67 La réquisition proprement dite de l'institution de prévoyance concernant la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP.

- 2.7 Le conservateur mentionne la restriction du droit d'aliéner au registre foncier par un mot-clé, par exemple "Restriction du droit d'aliéner selon la LPP", et indique la référence à la pièce justificative.
- 2.8 En cas de copropriété, la restriction du droit d'aliéner selon la LPP n'est mentionnée que sur la part de copropriété concernée.
Si l'assuré est propriétaire en main commune avec son conjoint (les autres cas de propriété commune ne sont pas admis dans ce contexte), la restriction du droit d'aliéner selon la LPP doit être mentionnée pour l'objet entier.

3. Radiation de la restriction du droit d'aliéner en cas de versement anticipé

- 3.1 La mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP est radiée à la demande de l'assuré, de ses héritierS ou des bénéficiaires au sens du droit de la prévoyance qui ont acquis l'immeuble, lorsque l'une des conditions prévues à l'article 30e, 3e alinéa, LPP est remplie.
- 3.2 Le consentement écrit de l'institution de prévoyance est en principe nécessaire pour requérir la radiation (art. 61, 2e al., et 78 ORF). Si cette institution de prévoyance n'est pas celle qui a requis la mention de la restriction du droit d'aliéner, elle devra confirmer qu'elle en est l'ayant cause directe ou indirecte.
Dans le cas prévu à l'article 30e, 3e alinéa, lettre a, LPP, en particulier, le consentement de l'institution de prévoyance en vue de la radiation peut être remplacé par tout acte prouvant que les conditions de la radiation sont remplies.
Si la déclaration écrite de l'institution de prévoyance ou tout acte probant font défaut, le conservateur rejette la réquisition.

4. Réglementation spéciale de la mention en cas de réalisation du gage grevant l'avoir de prévoyance (art. 30b LPP, art. 331d, 6e al., CO)

- 4.1 En principe les prescriptions concernant le versement anticipé sont applicables sous réserve des particularités suivantes:
- 4.2 La mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP implique que l'assuré est propriétaire d'un objet sur lequel la propriété d'un logement peut porter (art. 2 OEPL).
- 4.3 Si le consentement du propriétaire fait défaut, l'institution de prévoyance peut produire à sa place les actes constitutifs du gage et l'attestation concernant la réalisation du gage (art. 30e, 2e al., LPP).

5. Disposition finale

La présente instruction entre en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Office chargé du droit du registre
foncier et du droit foncier
Le Chef : M. Müller

3003 Berne, le 29 décembre 1994

Directive complétant
l'instruction aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction
du droit d'aliéner et sa radiation selon la LPP de décembre 1994

Depuis la publication de notre Instruction du 29 décembre 1994, la pratique a fait surgir de nouveaux problèmes; en outre, des incertitudes subsistent quant à l'application de la mention de la restriction du droit d'aliéner. C'est pourquoi nous complétons l'instruction ou directive mentionnée de la manière suivante.

1. Objectif du législateur

En révisant la LPP, le législateur a clairement voulu "alléger financièrement l'accès des personnes assurées dans le 2e pilier à la propriété d'un logement pour leurs propres besoins" (FF 1992 VI p. 238). Dès lors il ne faut pas que des dépenses administratives et un formalisme inutiles de la part des offices du registre foncier viennent entraver la mise en oeuvre de cet objectif légal. Le législateur a sciemment renoncé à faire garantir le versement anticipé lui-même par un droit de gage et il a choisi la voie de la mention, plus simple administrativement et meilleur marché.

2. Remarques concernant la réquisition de mention

- Comme il ne s'agit pas d'un droit de gage, la réquisition ne doit indiquer ni le montant du versement anticipé ni sa date. Seule l'institution de prévoyance examine si et, le cas échéant, dans quelle mesure un versement anticipé peut être fait, et si ce versement est utilisé conformément aux objectifs légaux. En plus de cet examen matériel, elle a aussi pour tâche de renseigner les intéressés sur les avantages et les inconvénients du versement anticipé (conséquences fiscales, conclusion d'une assurance complémentaire, etc.). Le registre foncier n'a qu'un devoir d'examen formel et limité.
- Il n'y a pas lieu d'examiner le droit de signature dans les rapports internes de l'institution de prévoyance qui requiert la mention (cf. ch. 2.66 de notre Instruction).
- La signature de l'assuré propriétaire qui demande le versement anticipé n'a pas besoin d'être légalisée; le risque d'abus ou de dommages en résultant est en effet très faible.
- L'utilisation d'une formule n'est pas obligatoire; la réquisition n'a donc pas besoin, le cas échéant, d'être présentée sur la formule de mention mise à la disposition des intéressés par l'office du registre foncier. Il suffit que les données nécessaires à la réquisition (cf. ch. 2.6 de notre Instruction) soient présentées clairement et distinctement.
- La réquisition ne doit pas être désignée expressément comme telle. Il suffit de demander la mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP par un texte approprié.
- Si l'immeuble est en propriété commune, il n'y a lieu de mentionner la restriction du droit d'aliéner que s'il s'agit d'une propriété commune entre conjoints (cf. ch.

2.5 de notre Instruction). Les rapports de droit fondant la communauté (société simple, régime matrimonial ne sont pas déterminants. Il convient de rejeter la réquisition dans les autres cas de propriété commune (y compris l'indivision selon l'art. 336 CC). Les concubins doivent constituer une copropriété pour permettre la mention de la restriction du droit d'aliéner sur la part de copropriété de l'assuré. Par ailleurs, la mention de la restriction du droit d'aliéner n'empêche pas l'inscription ultérieure d'une succession (constitution de la propriété commune entre personnes qui ne sont pas mariées entre elles).

- Le conservateur du registre foncier mentionne la restriction du droit d'aliéner par le mot-clé de son choix (cf. ch. 2.7 de notre Instruction), indépendamment de la formulation utilisée par l'institution de prévoyance. Le nom de l'institution de prévoyance n'est pas mentionné. Il n'y a pas d'avis au sens de l'article 969 CC aux créanciers gagistes, car il ne s'agit pas d'une décision du registre foncier.

3. Institutions de libre passage

Les réquisitions produites par les banques soulèvent un problème particulier.

Comme "institutions de prévoyance" au sens de la LPP on entend:

- Toutes les institutions qui sont inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle.
- Toutes les fondations de prévoyance en faveur du personnel qui promettent des prestations fixées par voie réglementaire.
- Toutes les institutions auprès desquelles peuvent être constitués des polices ou des comptes de libre passage (c'est-à-dire sociétés d'assurances sur la vie ou fondations de libre passage des banques).
(Cf. art. 308 LPP).

Ainsi faut-il aussi mentionner une restriction du droit d'aliéner selon la LPP dans les cas où les fonds employés pour l'encouragement à la propriété du logement proviennent des institutions de libre passage. S'il s'agit de versements provenant de comptes de libre passage, ce n'est pas la banque comme telle, mais sa fondation de libre passage qui doit requérir la mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP. Cela signifie que le conservateur doit rejeter la réquisition d'une banque qui n'agit pas au nom de la fondation de libre passage.

Toutefois, il existe aujourd'hui des banques cantonales qui gèrent des comptes de libre passage sans passer par une fondation. Mais il s'agit d'une situation de droit transitoire puisque ces institutions sont tenues de placer ces comptes dans une fondation jusqu'à la fin de 1995 au plus tard. En conséquence l'office du registre foncier doit trancher de cas en cas.

4. Remboursement

Si le versement anticipé est utilisé pour rembourser des dettes hypothécaires, ces remboursements peuvent être portés sur le titre, à la demande écrite du débiteur (cela signifie que le registre foncier ne doit agir que s'il y a une demande

correspondante), et inscrits dans la rubrique des observations relatives aux droits de gage (art. 874 CC et art. 67 ORF).

5. Remarque concernant la radiation de la mention

Au chiffre 3.2 de notre Instruction de décembre 1994, il est précisé que, dans le cas prévu à l'article 30e, 3e alinéa, lettre a, LPP, la preuve que les conditions de la radiation sont remplies peut aussi être apportée par tout acte probant. Cette preuve est également rapportée lorsque l'institution de prévoyance fait par écrit une déclaration correspondante ou qu'elle ressort du règlement de l'institution de prévoyance.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Office chargé du droit du registre
foncier et du droit foncier
Le Chef:

M. Müller

190 Correctif à la brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: tableaux et exemples d'application pour l'année 1995"

Dans la brochure susmentionnée (no OCFIM 318.762.95 f) les montants de la valeur-limite inférieure du tableau 2 (p. 5/6) pour l'année 1995 de fr.142.- sont à remplacer par fr.140.50.

Dans l'entête du même tableau il faut remplacer l'année de référence 1994 par 1995 (jan.-juin 1995 et juillet-déc. 1995).

Jurisprudence

191 L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

(Référence à un arrêt du TFA, du 29.12.1994, en la cause M. B.)

(Art. 13 al. 1 et 2, art. 27 al. 2 LPP, art. 331b al. 1 CO)

Lorsque l'assuré quitte son emploi à un moment où sa caisse de pension prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il n'a droit qu'aux prestations de vieillesse. Même s'il a l'intention de transférer définitivement son domicile à l'étranger, il n'a pas le choix entre la rente et le versement en espèces. Cette jurisprudence du TFA ne permet pas à l'assuré de choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage, et ceci indépendamment du fait que la personne concernée a réellement l'intention de prendre sa retraite, qu'elle souhaite éventuellement exercer une autre activité lucrative ou qu'elle quitte définitivement la Suisse.

Le TFA motive sa décision de la manière suivante:

Pour les institutions de prévoyance qui envisagent la possibilité d'une retraite anticipée, il faut entendre par survenance du cas d'assurance aux termes de l'art. 27 al. 2 LPP (valable jusqu'au 31.12.1994) non pas le moment où la limite d'âge légale de 65/62 ans est atteinte conformément à l'art. 13 al. 1 LPP, mais le moment où l'assuré atteint la limite d'âge réglementaire pour la retraite anticipée. Par conséquent, il n'existe plus de droit à la prestation de libre passage, subsidiaire par rapport aux prestations de vieillesse, lorsque le contrat de travail est résilié à un âge où le droit aux prestations de vieillesse prend déjà naissance, ne serait-ce qu'au sens d'une retraite anticipée. Cette disposition est applicable non seulement dans le domaine de la LPP, mais aussi dans la prévoyance étendue.

Dans le domaine obligatoire, les caisses de pension peuvent prévoir, conformément à l'art. 13 al. 2 LPP, des dispositions réglementaires selon lesquelles le droit aux prestations de vieillesse prend naissance au moment où se termine l'activité lucrative. Ce moment concerne, suivant cette disposition de la loi, l'activité lucrative concrète aux termes du contrat de travail conclu avec l'employeur, et non pas toute autre activité lucrative future. Pour cette raison, n'est pas déterminant le fait que l'assuré prend effectivement sa retraite, qu'il continue d'exercer une activité lucrative ou qu'il quitte définitivement la Suisse, après que le rapport de travail a pris fin.