

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 37

du 11 décembre 1996

TABLE DES MATIERES

Indications

- 209 Entrée en vigueur de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité
- 210 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1997
- 211 Montants-limites valables dès le 1^{er} janvier 1997
- 212 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1^{er} janvier 1997
- 213 Modification de l'OPP 3: Cession au conjoint de droits de prévoyance
- 214 Modification de l'OPP 2, OPP 3, OFG 2 et OLP au 1^{er} janvier 1997

Prises de position de l'OFAS

- 215 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement
- 216 Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce
- 217 Rachat lors de l'entrée dans une institution de prévoyance

Jurisprudence

- 218 Arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W. – fondation P. 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

209 Entrée en vigueur de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité au 1^{er} janvier 1997

Le 17 décembre 1993, le conseiller national Paul Rechsteiner déposait, sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, l'initiative parlementaire "Amélioration de la couverture en cas d'insolvabilité dans la prévoyance professionnelle". Le Parlement a approuvé la modification de loi le 21 juin 1996 (FF 1996 III 51 ss) et le Conseil fédéral a décidé le 25 novembre 1996 de la mettre en vigueur. L'entrée en vigueur sera échelonnée à partir du 1^{er} janvier 1997.

Contenu de la révision partielle

La disposition-clé de la nouvelle réglementation est l'article 56, 1^{er} alinéa, lettre c, LPP. Désormais, la couverture en cas d'insolvabilité offerte par le fonds de garantie LPP est étendue aux domaines surobligatoire et préobligatoire de la prévoyance professionnelle. Ne sont toutefois garanties que les prestations réglementaires qui reposent sur des rapports de prévoyance auxquels la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage est applicable (voir à ce sujet l'art. 1, 2^e al., LFLP). L'étendue des prestations est limitée aux prestations à fournir sur la base du salaire AVS déterminant jusqu'à concurrence d'un montant équivalent à une fois et demie le montant-limite supérieur prévu à l'article 8, 1^{er} alinéa, LPP (art. 56, 2^e al., LPP). En principe, dans le domaine hors-obligatoire, seules des prestations - et non d'éventuelles cotisations impayées - sont couvertes par le fonds de garantie, comme c'est le cas dans le domaine obligatoire.

Lors de l'élaboration du projet, s'est posée la question de savoir si l'article 34^{quater}, 1^{er} alinéa, lettre d, de la constitution fédérale est une base suffisante pour étendre aux indépendants la protection en cas d'insolvabilité dans le domaine hors-obligatoire. Le Parlement a estimé que l'article constitutionnel mentionné n'excluait pas une égalité de traitement entre indépendants et salariés. Les indépendants peuvent donc aussi faire valoir un droit à des prestations du fonds de garantie (art. 56, 2^e al., let. c, en corrélation avec l'art. 56, 3^e al., LPP).

Jusqu'ici, les conditions définissant l'insolvabilité d'une caisse de prévoyance étaient fixées au niveau de l'ordonnance (art. 7, 2^e al., de l'ordonnance sur l'administration du fonds de garantie LPP, RS 831.432.3). Désormais, l'article 56, 3^e alinéa, LPP crée la base légale nécessaire à cet effet. Dans un arrêt du 27 janvier 1989, le Tribunal fédéral avait déjà critiqué l'étroitesse de la base légale et demandé que la LPP soit modifiée en conséquence.

L'article 56, 4^e alinéa LPP, donne au Conseil fédéral le droit de définir les conditions préalables auxquelles est subordonné le versement des prestations. Celles-ci doivent être adaptées à l'extension des tâches du fonds de garantie. Il faut relever qu'en cas d'abus, le fonds de garantie n'assure aucune garantie des prestations (art. 56, 5^e al. LPP).

Vu les nouvelles tâches assignées au fonds de garantie LPP, l'article 59 LPP règle de façon nouvelle le financement. Le fonds de garantie LPP est désormais financé

par les institutions de prévoyance qui lui sont affiliées, soit par l'ensemble des institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (voir aussi art. 57 LPP). Ainsi, le cercle des institutions soumises à l'obligation de contribuer au financement du fonds de garantie s'élargit. Le Conseil fédéral est compétent pour régler le système de contribution.

Le projet contient également des dispositions transitoires concernant les nouvelles prestations du fonds de garantie.

Extension du champ d'application des prescriptions en matière de placement ainsi que des dispositions pénales de la LPP

Sur proposition du Conseil fédéral – proposition que les Chambres fédérales ont adopté sans discussion – l'article 89^{bis}, 6^e alinéa, CC a été complété par l'adjonction des articles 71 LPP sur l'administration de la fortune et 75 à 79 LPP (dispositions pénales). Cela signifie que les prescriptions sur le placement de la fortune selon l'OPP 2 (RS 831.441.1) et les dispositions pénales de la LPP s'appliquent désormais également à toutes les fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées au sens de l'article 89^{bis} CC.

Entrée en vigueur de la révision partielle

Le Conseil fédéral a décidé d'échelonner l'entrée en vigueur de la révision de loi. A l'exception de l'article 59 LPP relatif au financement, tous les articles modifiés entrent en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Cette révision satisfait ainsi à une préoccupation urgente de politique sociale, à savoir élargir la couverture en cas d'insolvabilité. L'article 59 LPP actuel continue pour l'instant à s'appliquer. Une commission d'experts de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle prépare actuellement un nouveau système de prélèvement des cotisations. L'article 59 LPP révisé ainsi que les modifications de l'ordonnance rendues nécessaires par la révision entreront en vigueur à une date ultérieure. Pour l'instant, ce sont donc uniquement les institutions de prévoyance enregistrées qui financent les nouvelles prestations du fonds de garantie LPP dans le domaine hors-obligatoire.

210 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1997

(art. 59 LPP)

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé le taux de cotisation de 0,06 pour cent (anciennement: 0,04 pour cent) de la somme des salaires coordonnés de tous les assurés demandé par le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP pour l'année 1997. Le taux de cotisation est ainsi relevé de 0,02 pour cent. Ce relèvement est nécessaire en raison de la situation économique tendue et de l'extension prévue de la couverture en cas d'insolvabilité.

Jusqu'ici, le taux de cotisation proposé par le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP était soumis à l'approbation du Conseil fédéral. L'ordonnance sur l'attribution de nouvelles compétences de décision dans l'administration fédérale, en vigueur depuis le 1^{er} août 1996, a attribué cette compétence à l'OFAS.

Le fonds de garantie LPP fournit les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable et verse des subsides aux institutions de prévoyance dont la

structure d'âge est défavorable. Par ailleurs, il couvre le défaut de capital des institutions de prévoyance en cas de liquidation partielle ou totale résultant de l'application de la loi sur le libre passage. Il dédommage en outre l'institution supplétive pour certains coûts. Dès le 1^{er} janvier 1997, les prestations du fonds de garantie LPP en cas d'insolvabilité s'étendent aussi aux prestations réglementaires dépassant les prestations légales. En 1997, l'obligation de cotiser continue à s'appliquer uniquement aux institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle (voir le chiffre 209 ci-dessus).

211 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1997

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

Le 13 novembre 1996, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 97 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1997. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 970 à 995 francs à partir du 1^{er} janvier 1997, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

a. pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	23'880 fr
- Déduction de coordination (art. 8, al. 1 LPP)	23'880 fr
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	71'640 fr
- D'où salaire coordonné maximum	47'760 fr
- Salaire coordonné minimum (art. 8 al. 2 LPP)	2'985 fr

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1997. Cette publication peut, dès fin décembre 1996, être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3000 Berne.

b. pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a. ci-dessus a pour effet d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP 3) 5'731 fr

- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP 3) jusqu'à 20 % du revenu provenant d'une activité lucrative, au plus 28'656 fr

212 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1^{er} janvier 1997

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, à partir du 1^{er} janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

L'indice générale des prix à la consommation établi par l'OFS sur la base de mai 1993 = 100 est appliqué pour la première fois.

Dès le 1^{er} janvier 1997, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1993** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **3,2 %**.

Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.

Au 1^{er} janvier 1997, pour cette raison, les rentes de survivants et d'invalidité qui ont été versées pour la première fois avant l'année 1993 seront adaptées comme il suit:

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation subséquentes au 1.1.1997
1985 - 1991	1.1.1995	2,6 %
1992	1.1.1996	0,6 %

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

213 Modification de l'OPP 3: Cession au conjoint de droits en matière de prévoyance (art. 4 OPP 3)

1. Dans son message du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse dont notamment la révision totale du droit du divorce, le Conseil fédéral avait déjà signalé l'absence de possibilité de céder entre conjoints les droits aux prestations de vieillesse du pilier 3a. Il avait manifesté son intention de résoudre ce problème par le biais d'une modification prochaine de l'ordonnance, indépendamment de la révision du droit du divorce (FF 1996 I 105, chiff. 233.43).

La modification en question, décidée par le Conseil fédéral le 9 décembre 1996, avec effet au 1er janvier 1997, tient compte de cette demande, basée d'ailleurs sur un large consensus et appuyée par différentes interventions politiques.

2. Les biens acquis par l'un des conjoints dans le cadre du pilier 3a (prévoyance individuelle liée bénéficiant d'avantages fiscaux) ou du pilier 3b sont réglementés par le droit des régimes matrimoniaux (art. 196 ss CC). Ceci implique qu'en cas de dissolution du régime matrimonial, les biens existants doivent être partagés, indépendamment de la forme de prévoyance choisie (épargnes bancaires, épargnes sous forme d'assurance), conformément aux dispositions du droit des régimes matrimoniaux. L'article 2 OPP 3 prévoit cependant une réglementation spéciale en matière de droits de prévoyance qui s'applique en cas de dissolution du régime par suite du décès du preneur de prévoyance.

Bien que les calculs auxquels donne lieu la liquidation du régime matrimonial doivent tenir compte des montants ainsi épargnés, ceux-ci ne peuvent pas être cédés au conjoint en cas de liquidation d'un régime matrimonial du fait de la teneur actuelle de l'article 4 OPP3. Cette disposition interdit en effet, de manière générale, de céder, de mettre en gage ou de compenser les droits aux prestations (référence à l'art. 39 LPP). Cette situation peu satisfaisante implique que le conjoint débiteur qui ne dispose pas d'autres éléments de fortune doit solliciter des délais de paiement (cf. art. 218 CC) ou demander un prêt pour s'acquitter de sa dette. Il convient donc d'assouplir cette interdiction de cession prévue par l'article 4 OPP 3, d'autant plus que, selon l'article 3 OPP 3, le versement par anticipation des prestations de vieillesse est possible, par exemple lorsque le preneur de prévoyance entreprend une activité lucrative indépendante ou acquiert un logement en propriété. En cas de cession de droits entre conjoints, il faut cependant veiller à ce que ces droits soient maintenus dans la prévoyance vieillesse.

3. La rédaction du nouvel article 4, 3^e alinéa, OPP 3 est le fruit d'une étroite collaboration de l'Office fédéral des assurances sociales, de l'Office fédéral de la justice et de l'Administration fédérale des contributions. Le 9 septembre 1996, cet article a fait l'objet d'une discussion approfondie au sein de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle qui l'a approuvé à une large majorité. L'article en question ne débouche pas sur de nouvelles prérogatives afférentes au droit du mariage ou à celui du divorce. Il met simplement en jeu de nouvelles modalités de paiement en assouplissant l'interdiction de céder un bien entre époux. Cet article prescrit néanmoins de verser les fonds de la prévoyance qui ont été cédés à une institution conforme à l'OPP 3, pour autant qu'aucune des circonstances mentionnées à l'article

3 OPP 3 ne justifie un versement anticipé des prestations de vieillesse à l'époux ayant droit.

La cession entre époux des droits aux prestations de vieillesse doit toujours être possible lorsque le régime matrimonial est dissous pour un autre motif que le décès. En cas de décès de l'un des conjoints en revanche, la solution particulière de l'article 2 OPP 3 garde toute sa validité. On n'a pas précisé, en vue d'une solution simple et réalisable, sur quels droits la cession pouvait porter. Ainsi, pour éviter que des questions difficiles en matière de délimitation ne se posent, on n'a justement pas fait la distinction entre les droits matrimoniaux et les droits relatifs au divorce. De cette manière, ce n'est pas le fondement juridique des droits qui permet de conclure à la cession.

Du point de vue de l'application pratique de la cession, les épargnes bancaires de par leur nature ne posent aucun problème particulier. Quant aux épargnes sous forme d'assurance, comme dans toute assurance formatrice de capital c'est la valeur calculable de rachat de la police qui est déterminante. A l'instar du retrait des fonds du pilier 3a pour acquérir un logement, l'application concrète de la cession peut s'inspirer pour les détails de la pratique de l'assurance. La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle est également de cet avis. Il faut partir du principe que le montant cédé sera placé dans une nouvelle assurance ou une autre forme admise de prévoyance professionnelle liée (2^e pilier ou pilier 3a). Par ailleurs, on établira généralement pour celui qui a cédé ses droits une nouvelle police d'assurance dont le montant aura fait l'objet d'une réduction correspondante. Aucune forme particulière n'est requise pour la cession. On applique en l'espèce l'article 165, 1^{er} alinéa, CO qui suppose un accord écrit.

214 Modification de l'OPP 2, OPP 3, OFG 2, OLP au 1^{er} janvier 1997

Le Conseil fédéral a effectué différentes adaptations, valables dès le 1^{er} janvier 1997, concernant les ordonnances mentionnées. Il s'agit des adaptations suivantes:

1. Adaptations rédactionnelles à la législation sur le libre passage et l'encouragement à la propriété du logement

Dans les articles 11, 14, 15, 16 et 19 de l'OPP 2 et l'article 8 OFG 2, il est fait référence, pour des raisons différentes, aux articles 28, 29, 30 et 40 LPP. Ces dispositions ont été abrogées par la LFLP et la législation sur l'encouragement à la propriété du logement, voire remplacées par d'autres dispositions. Les dispositions des ordonnances en question sont adaptées sur le plan rédactionnel aux nouvelles réglementations.

2. Adaptations à la législation sur la 10^e révision de l'AVS

Article 3, 1^{er} alinéa, OPP 3 et article 16, 1^{er} alinéa, OLP: il est question, dans ces deux articles, de l'âge ordinaire de la retraite dans l'AVS. La 10^e révision de l'AVS, qui relèvera par étapes l'âge de la retraite des femmes, comporte ainsi une divergence par rapport à l'article 13, 1^{er} alinéa, LPP. La modification de l'ordonnance a pour but de ne faire référence qu'à l'article 13, 1^{er} alinéa, LPP, pour parvenir à une solution uniforme s'appliquant à la fois au 2^e et au 3^e piliers.

3. Adaptation aux recommandations de la Commission de gestion du Conseil des États (CdG)

Article 17, 2^e et 3^e alinéas, OPP 2 (taux de conversion): La règle qui permet de déroger au taux de conversion de 7,2% pour les rentes de vieillesse, afin de permettre à l'institution de prévoyance de résorber des découverts, constitue, de l'avis de la CdG, une illégalité, car l'article 14, 2^e alinéa, LPP prévoit seulement cette possibilité si les excédents qui en résultent servent à améliorer les prestations.

Le 2^e alinéa de l'article 17, et le 3^e alinéa, qui se rapporte explicitement au 2^e alinéa, sont ainsi abrogés.

4. Corrections apportées à l'OLP

Article 16, 2^e alinéa, OLP: le sens de cet alinéa varie selon la traduction dans les différentes langues nationales. La traduction a été adaptée conformément à l'intention de l'auteur de l'ordonnance. Cette disposition vise à permettre à la personne assurée de choisir de demander le versement anticipé de la prestation de vieillesse. C'est ce qui ressort désormais de tous les textes.

215 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement

1. Versement anticipé pour la construction du logement

(articles 1, al.1, let.a, 4, 6, al.2 OEPL)

Ni la loi, ni l'ordonnance ne fournissent de précisions quant au moment où l'institution de prévoyance peut ou doit effectuer le versement anticipé en cas de construction d'un logement. Le commentaire de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (cf. bulletin de la prévoyance professionnelle no 30, p. 25) indique seulement que l'assuré n'a aucun droit légal à l'octroi de crédits de construction de la part de l'institution de prévoyance car une telle obligation entraînerait pour elle un surcroît de travail administratif trop important. On a ainsi voulu éviter que les institutions de prévoyance aient à se charger de la gestion d'un crédit de construction avec toutes les opérations de contrôle que cela implique.

A notre avis, un assuré bénéficiant d'un crédit de construction de la part d'une banque peut exiger de son institution de prévoyance qu'elle procède au versement anticipé auprès de la banque en question déjà dans le cadre du crédit de construction, pour autant bien évidemment que cette dernière accepte d'intégrer ce montant dans un tel crédit et qu'elle s'engage à le gérer avec la même diligence que les fonds qu'elle avance sous forme de prêt à son client.

De même, un assuré déjà propriétaire du terrain à bâtir et qui ne veut pas avoir recours à un crédit de construction, doit pouvoir bénéficier d'un versement anticipé déjà dans le cadre de la construction de l'ouvrage afin de pouvoir par exemple, payer l'entrepreneur en charge des travaux après le gros oeuvre comme c'est l'usage dans le domaine de la construction.

Cette opinion repose sur l'article premier, al.1, let. a de l'ordonnance qui prévoit précisément l'utilisation des fonds de la prévoyance professionnelle pour *construire* un logement en propriété et sur l'article 6, al. 2 de ladite ordonnance qui indique à qui le montant demandé doit être versé par l'institution de prévoyance (vendeur, *entrepreneur*, prêteur...). En pareil cas, il est en outre bien clair que la condition posée par l'article 4 de l'ordonnance concernant les propres besoins ne peut pas être remplie durant la durée des travaux de construction. Elle doit l'être en revanche sitôt le logement construit et susceptible d'être habité. Une certaine souplesse s'impose en l'occurrence (cf. à ce propos, l'extrait du bulletin susmentionné, p. 25 in fine).

2. Remboursement du versement anticipé par les héritiers de l'assuré

(art. 30 d, 1er al., let. c. LPP)

L'article 30 d, 1er alinéa, let. c LPP stipule que les héritiers de l'assuré ont l'obligation de rembourser un versement anticipé si, en cas de décès de ce dernier avant l'âge de la retraite, *aucune prestation de prévoyance n'est exigible*. De notre point de vue, cette disposition impose aux héritiers en question l'obligation de rembourser ledit versement anticipé uniquement s'ils ne peuvent prétendre à aucune prestation *légitime* ou *réglementaire* en cas de décès de l'assuré.

Ainsi, dans une caisse de prévoyance appliquant la prévoyance minimale LPP, les héritiers sont tenus de rembourser le versement anticipé lorsqu'aucune rente LPP n'est due au décès de l'assuré, à savoir, ni une rente de veuve, ni une(des)rente (s) d'orphelin.

Dans une institution de prévoyance enveloppante octroyant, en vertu du règlement, en cas de décès d'un affilié, un capital-décès à ses héritiers, seuls les héritiers qui acquièrent la propriété du logement en vertu du droit des successions et qui ne peuvent prétendre à l'octroi d'un tel capital-décès seront tenus de rembourser le versement anticipé.

3. Etranger titulaire d'un permis B ou C et versement anticipé

Le bulletin de la prévoyance professionnelle no 32 du 21 avril 1995 (chiffre marginal 188, ch. 5 , p. 6 et 7) précise que dans le cas de l'étranger qui se trouve en Suisse au bénéfice d'un permis B ou C mais dont la famille (femme et enfants) habite dans le pays d'origine et qui se rend régulièrement auprès d'eux, on peut considérer que le lieu de séjour habituel de cet assuré est à l'endroit où vit sa famille et lui verser le montant du versement anticipé pour son logement à l'étranger. Pour que l'on puisse considérer que le lieu de séjour habituel de cet assuré est à l'endroit où vit sa femme et ses enfants, *il faut donc qu'il se rende régulièrement auprès d'eux*. Il faut entendre par là qu'il s'y rend chaque fois qu'il le peut compte tenu des circonstances professionnelles, géographiques et financières mais à tout le moins une fois par an durant ses vacances annuelles.

4. Versement anticipé dans le cas de participations sous forme d'acquisition d'actions d'une société anonyme de locataires (art. 3, let. b. OEPL)

Les parts sociales et les certificats de participation similaires doivent être déposés auprès de l'institution de prévoyance compétente jusqu'au remboursement, jusqu'à la survenance du cas de prévoyance ou jusqu'au paiement en espèces (art. 16, al.3 OEPL). L'exigence du dépôt des titres auprès de l'institution de prévoyance doit être respectée pour que cette dernière puisse verser les fonds anticipés requis par l'assuré pour la propriété du logement. Sans dépôt des titres, l'institution de prévoyance ne peut pas effectuer de versement anticipé.

Lorsqu'un assuré acquiert un logement par le biais de l'achat d'actions d'une société anonyme de locataire, il n'est pas rare de constater que lorsqu'il fait sa demande de versement anticipé auprès de son institution de prévoyance, les actions en question se trouvent déjà nanties auprès de sa banque en garantie d'un prêt octroyé par cette dernière pour lui permettre cet achat.

Il importe donc, dans un tel cas, que l'assuré qui a déjà obtenu de sa banque un tel prêt ou qui souhaite en obtenir un trouve avec celle-ci d'autres modalités que le nantissement des actions afin de garantir ce prêt. Si cette forme d'acquisition d'un logement implique l'achat de plusieurs actions, une solution envisageable serait de nantir une partie des actions auprès de la banque et une autre partie auprès de l'institution de prévoyance à concurrence des montants respectifs obtenus par l'une et l'autre. L'on pourrait aussi envisager un arrangement entre la banque et l'institution de prévoyance aux termes duquel cette dernière garderait en dépôt les actions en question pour le compte de la banque.

5. Montant du versement anticipé en cas de copropriété et en cas de propriété commune avec son conjoint (art. 2, al.2, let. b et c OEPL)

Le montant du versement anticipé peut-il être limité à la valeur de la part de copropriété de l'assuré ou à la moitié de la valeur de l'objet en cas de propriété commune avec son conjoint ? La réponse à cette question vaut bien entendu également pour le remboursement d'une dette hypothécaire dans le cas de ces deux formes de propriété.

Force est de constater qu'en l'espèce, ni la loi, ni l'ordonnance ne limitent expressément le montant du versement anticipé disponible dans le cas de ces deux formes de propriété. Toutefois, le but et l'esprit de cette législation nouvelle dans le domaine de la prévoyance professionnelle est de permettre à un assuré "d'investir" son capital de prévoyance dans un bien immobilier qu'il habite personnellement et dont il peut, sous l'angle des droits réels, disposer librement seul. A l'exception de la propriété commune admise uniquement entre époux, l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle ne doit en aucun cas servir à "financer" un bien immobilier propriété d'un tiers, même si ce tiers est le conjoint (cf. bulletin de la prévoyance professionnelle no 30 du 5.10.1994, commentaire de l'OEPL, ad. art. 2, p. 26).

Dans le cas de la copropriété, la liberté de disposer ne porte que sur la part de copropriété dont l'intéressé est titulaire et par conséquent uniquement à concurrence de la valeur de sa quote-part. Or, remettre à une personne assurée, à titre de versement anticipé, un montant supérieur à la valeur de sa part de copropriété équivaut à financer la part de copropriété de ce tiers. En cas de réalisation forcée de la part de copropriété de ce tiers, le risque existe alors pour la personne assurée de perdre une partie de ses fonds de prévoyance ainsi investis. A notre avis, il est donc conforme au but et à l'esprit de la LFEPL de limiter le montant d'un versement anticipé à la valeur de la quote-part de copropriété.

En revanche, en cas de propriété commune avec le conjoint, il n'y a pas lieu, à notre avis, de limiter le montant du versement anticipé à la moitié de la valeur de l'objet immobilier dans la mesure où l'assuré est juridiquement propriétaire, tout comme son conjoint d'ailleurs, de la totalité de ce bien (art. 652 CC) et non pas seulement d'une partie de ce celui-ci (il n'y a en l'occurrence pas de quote-part).

Il est bien clair que si tous deux sont assurés dans le cadre du 2ème pilier et peuvent de ce fait prétendre à l'octroi d'un versement anticipé, le montant obtenu par l'un des conjoints limitera forcément celui auquel pourra prétendre l'autre conjoint puisqu'ils ne peuvent obtenir en demandant tous deux un versement anticipé plus que le montant de la valeur du bien immobilier. Enfin, en cas dissolution de la propriété commune, chacun des époux aura droit au montant du versement anticipé qu'il aura personnellement investi.

216 Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce

Si l'assuré a perçu un versement anticipé ou lorsqu'une partie de la prestation de libre passage acquise pendant le mariage est versée sur le compte du conjoint, lors

de la réalisation du risque invalidité ou décès, comment doit-on calculer la prestation au regard de la surassurance:

- a. Doit-on prendre en considération lors du calcul de la surassurance la rente complète, c'est-à-dire sans réduction suite au versement anticipé ou au transfert en cas de divorce, et ensuite procéder à une éventuelle réduction proportionnelle à la rente effectivement réduite ou, au contraire
- b. Doit-on se fonder sur la rente réduite et comparer cette rente à l'ensemble des rentes versées par les autres assurances sociales?

L'OFAS est d'avis que le calcul doit se fonder sur la base des prestations effectives versées à l'assuré, c'est-à-dire la rente réduite à la suite d'un versement anticipé ou d'une ponction en cas de divorce, dans le cadre de la prévoyance minimale obligatoire; alors que, dans la prévoyance plus étendue, l'institution de prévoyance reste libre de faire le calcul comparatif comme elle l'entend.

En effet, l'art. 24 OPP2 prévoit que la compensation s'effectue sur des prestations de remplacement d'un but et d'un type analogues. Or, la prestation de libre passage ne peut être considérée comme telle. Le législateur n'a pas expressément mentionné la prestation de libre passage dans la disposition en cause, lors de l'introduction de la LFLP et de la loi sur l'encouragement à la propriété du logement c'est donc qu'il n'a pas voulu les y assimiler. Faute de base légale, le calcul ne peut donc être opéré selon la lettre a.

D'autre part, la méthode de calcul de la surassurance en se fondant sur la rente non réduite risquerait de léser deux fois l'assuré qui non seulement ne pourra percevoir qu'une prestation réduite, mais encore devra subir une nouvelle diminution due à la surassurance.

217 Rachat lors de l'entrée dans une institution de prévoyance

Les assurés qui entrent dans une nouvelle institution de prévoyance au cours de l'année qui suit leur sortie de l'ancienne institution doivent en informer l'institution de libre passage. Celle-ci transfère le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée (art. 12 OLP).

L'assuré peut-il être réglementairement tenu, après l'échéance de ce délai d'une année, de verser à la nouvelle institution de prévoyance, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée, des avoirs déposés dans des institutions de libre passage? Une telle obligation réglementaire est illicite.

Tant que l'ancienne institution de prévoyance détient la prestation de sortie, elle est tenue par la loi de la verser à la nouvelle (art. 3, 1^{er} al., LFLP). Dans de tels cas, il existe une obligation de transfert même si plus d'une année s'est écoulée depuis la sortie (selon l'art. 4, 2^e al., LFLP, la prestation de sortie peut théoriquement rester déposée auprès de l'ancienne institution de prévoyance jusqu'à deux ans après la survenance du cas de libre passage).

Si l'assuré a maintenu sa prévoyance sous forme d'un compte de libre passage ou d'une police de libre passage conformément à l'article 4, 1^{er} alinéa, LFLP, on peut se demander s'il existe une obligation de transfert en cas d'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance. Cette question est tranchée par l'article 12, 2^e et 3^e alinéas, de l'ordonnance sur le libre passage qui fixe un délai: lorsque l'assuré entre dans une nouvelle, l'institution de libre passage au cours de l'année qui suit sa sortie de l'ancienne, l'institution de libre passage doit transférer le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée. Au-delà de ce délai, il n'existe aucune obligation légale de transfert.

En vertu de l'article 9, 2^e alinéa, LFLP, l'institution de prévoyance doit donner à l'assuré qui entre la possibilité de racheter toutes les prestations réglementaires. Selon le message relatif à la LFLP, l'article 9 LFLP donne le droit à l'assuré d'apporter l'intégralité de sa prévoyance acquise dans la nouvelle institution. En d'autres termes, l'assuré a la possibilité de choisir. Le règlement d'une institution de prévoyance ne peut, à l'encontre du texte clair de l'article 9, 2^e alinéa, LFLP, priver l'assuré de ce choix; il ne peut prévoir une obligation qui aille à l'encontre du droit accordé par la loi. Cela reviendrait en effet à léser de manière illicite le nouvel arrivé. Dans son article 12, 2^e alinéa, l'ordonnance sur le libre passage indique d'ailleurs de manière impérative quand il y a obligation de transfert.

218 Un affilié à une fondation bancaire de libre passage ne peut saisir les autorités compétentes en vertu des articles 73 et 74 LPP en cas de litiges de nature contractuelle

(Référence à un arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W– fondation P de libre passage)
(art. 73, 74 LPP, art. 25, 26 LFLP; art. 10 OLP)

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) examine à nouveau la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP en cas de litige opposant un affilié à une institution servant au maintien de la prévoyance conformément à l'OLP. Il faut savoir que dans deux jugements antérieurs (arrêt H-B du 6 mars 1996, publié dans *Plädoyer* 1996/3, p. 74 et dans *SVR* 1996 no 51, p. 151, et arrêt R du 29 novembre 1994, partiellement publié dans la *RSAS* 1996, p. 161), le TFA a admis sa compétence en pareil cas. Dans l'arrêt cité en exergue, le TFA revient sur sa jurisprudence et dénie cette fois-ci la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP. Il motive sa décision de la manière suivante:

Le TFA constate tout d'abord que les fondations bancaires de libre passage s'apparentent fortement aux fondations bancaires du 3^e pilier A. Cette similitude réside tant dans la nature contractuelle des relations qui prévaut entre les parties qu'au caractère individuel de ces deux formes admises de prévoyance.

En second lieu, les institutions de libre passage (fondations bancaires, institutions d'assurance) ne fournissent pas de prestations LPP, voire de prestations plus étendues. Elles ne sont pas non plus organisées, financées et administrées conformément à la LPP (pas de gestion paritaire, d'organe de contrôle, de prestations du fonds de garantie LPP) et ne sont pas non plus soumises aux autorités de surveillance prévues à l'article 61 LPP. Ces institutions ne sont donc pas des institutions de prévoyance au sens des articles 48 et 49 LPP, resp. 89bis CC. Une extension de l'article 73 LPP impliquant une assimilation des institutions de libre passage aux institutions de prévoyance serait en outre inconciliable avec la loi.

Enfin, le TFA souligne que les litiges portant sur le montant d'un avoir bancaire auprès d'une fondation de libre passage ne concernent pas les prestations d'assurance mais relèvent bien plus de l'exécution par une fondation de libre passage d'un contrat de libre passage conclu dans le cadre de l'OLP.

En d'autres termes, on peut partir de l'idée, vu les principes mentionnés ci-dessus, que les fondations bancaires de libre passage échappent aux dispositions de la LPP et qu'elles sont simplement soumises, quant à la surveillance, aux dispositions du CC (cf. art. 84 CC). C'est également au juge civil de se prononcer en cas de litige portant sur le montant d'une prestation contractuelle de libre passage. Finalement, l'étendue des prestations, que ce soit en cas de vieillesse, de décès, d'invalidité ou en cas de sortie de l'institution, dépend des éléments du contrat de prévoyance, voire du règlement de la fondation bancaire de libre passage.

Cela dit, il se pose entre autres la question de savoir si c'est bien la volonté du législateur d'individualiser le maintien de la prévoyance au sens de ce jugement, et, dans le cas contraire, dans quelle mesure appartient-il à notre office de corriger l'OLP. Toutes ces questions méritent d'être examinées à la lumière de cette nouvelle jurisprudence.