

---

## **BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 82**

24 mai 2005

### **Table des matières**

#### **Indications**

- 476 Rapport sur le traitement équivalent en cas de libre passage et de liquidation partielle
- 477 Rapport sur « Comparaison entre l'AVS et la prévoyance professionnelle (PP) sous l'angle économique »

#### **Prise de position de l'OFAS**

- 478 Art. 24 al. 2 OPP 2: que faut-il entendre par revenu ou revenu de remplacement que l'assuré pourrait encore raisonnablement réaliser?
- 479 Poursuite de l'assurance obligatoire LPP et allocation de maternité
- 480 Pratique opérée par certaines institutions bancaires en matière d'encouragement à la propriété du logement et plus particulièrement en matière de mise en gage

#### **Jurisprudence**

- 481 Révocation du versement en capital
- 482 Institutions enveloppantes en primauté des cotisations : taux d'intérêt nul en cas de découvert
- 483 Divorce - partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque - droit applicable

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

## **Indications**

### **476 Rapport sur le traitement équivalent en cas de libre passage et de liquidation partielle**

Le 11 mars 2005, le Conseil fédéral a pris acte du rapport sur le traitement équivalent en cas de libre passage et de liquidation partielle d'une institution de prévoyance. Ce rapport fait suite à une motion de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil des Etats du 4 novembre 2002 qui demandait d'analyser la possibilité de traiter sur un pied d'égalité les départs des assurés de la caisse de pension, soit en situation normale (libre passage) soit en cas de liquidation partielle d'une institution de prévoyance.

Actuellement, le libre passage et la liquidation partielle font l'objet de réglementations différentes. L'assuré a droit, dans le cas d'un libre passage, à la prestation de sortie prévue par la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP). Cette prestation ne comprend aucune part des fonds libres de l'institution de prévoyance, mais elle ne peut en revanche pas être diminuée en raison et en fonction d'un découvert technique. Dans le cas d'une liquidation partielle, l'assuré a droit à une part des fonds libres, mais il doit par contre accepter une éventuelle diminution liée au découvert technique de l'institution, étant entendu que le capital minimal LPP ne peut pas être touché.

Quatre scénarios réglant le libre passage et la liquidation partielle de manière identique ont été élaborés, puis étudiés. Les experts sont toutefois arrivés à la conclusion que ces scénarios comportaient tous quatre, à des degrés divers, des inconvénients pires encore que ceux auxquels ils étaient censés remédier. C'est pourquoi ils préconisent de conserver la situation actuelle en l'état.

Le Conseil fédéral partage cette manière de voir; il a par conséquent décidé de ne pas modifier la réglementation en la matière pour l'instant. Il a toutefois chargé le DFI de suivre l'évolution de la situation: si les inégalités de traitement devaient s'aggraver pour devenir intolérables, il y aurait lieu de réexaminer la question dans le cadre d'une prochaine révision de la LPP.

Ce rapport peut être obtenu sous le site :

[www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/4\\_05f\\_eBericht.pdf](http://www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/4_05f_eBericht.pdf)

### **477 Rapport sur « Comparaison entre l'AVS et la prévoyance professionnelle (PP) sous l'angle économique »**

Le 23 mars, le Conseil fédéral a approuvé le rapport de l'Office fédéral des assurances sociales comparant l'AVS et la prévoyance professionnelle sous l'angle économique. Ce rapport fait suite à deux postulats qui demandaient une comparaison de l'efficacité économique des systèmes de retraite par répartition (AVS) et par capitalisation (prévoyance professionnelle / PP) et une analyse des conséquences de l'épargne constituée à travers le 2e pilier sur la croissance économique.

Les auteurs ont examiné les risques démographiques, économiques et financiers inhérents au système de la répartition et de la capitalisation qui constituent ensemble notre système de prévoyance vieillesse. L'analyse montre l'avantage résultant de la complé-

mentarité entre l'AVS et la PP pour financer les rentes de vieillesse à long terme. Cela d'autant plus que les flux d'épargne engendrés par le 2e pilier ne sont pas à l'origine de la faible croissance de l'économie suisse de ces dernières décennies. Essayer d'optimiser le rendement global du système en modifiant au coup par coup la pondération de chaque pilier découlerait d'une vision à court terme nécessitant de nombreux et coûteux ajustements. Une révision de chacun des deux systèmes pour les adapter aux défis posés par le vieillissement démographique est nettement plus judicieuse.

Les auteurs concluent donc que sous l'angle d'une bonne gestion des risques, le maintien des deux systèmes de financement demeure très important pour l'équilibre général du système de prévoyance vieillesse à long terme.

Ce rapport peut être obtenu sous le site :

[www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/5\\_05f\\_eBericht.pdf](http://www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/5_05f_eBericht.pdf)

### ***Prise de position de l'OFAS***

#### **478 Art. 24 al. 2 OPP 2: que faut-il entendre par revenu ou revenu de remplacement que l'assuré pourrait encore raisonnablement réaliser?**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, le revenu ou le revenu de remplacement qu'un assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser peut être pris en compte par les institutions de prévoyance dans le cadre d'un calcul de surassurance effectué en application de l'art. 24 OPP 2 (avantages injustifiés). Cette nouvelle disposition a suscité de nombreuses questions et il s'est donc avéré utile d'apporter quelques précisions dans le présent bulletin.

Par "revenu ou revenu de remplacement qu'un assuré invalide pourrait encore raisonnablement réaliser", il faut entendre le revenu que celui-ci pourrait effectivement réaliser compte tenu du contexte (type et degré d'invalidité) et du marché du travail réel (situation effective au niveau local ou régional, nombre de places vacantes par rapport au nombre de demandeurs d'emploi, etc.) au moment de l'établissement du calcul de surassurance. Par conséquent, il ne s'agit pas du revenu qui pourrait être obtenu sur un marché du travail fictif et il n'est pas suffisant de se référer simplement au salaire moyen de la branche concernée ou encore au revenu auquel se sont référés l'Office AI et la SUVA pour déterminer le degré d'invalidité. Cela signifie que pour éviter des réductions injustifiées, chaque cas doit être examiné en particulier par l'institution de prévoyance qui entend faire application de cette disposition.

## 479 Poursuite de l'assurance obligatoire LPP et allocation de maternité

(art. 8, 3<sup>e</sup> al., LPP)

Le Conseil fédéral a décidé que les dispositions sur le régime des allocations pour perte de gains en cas de maternité entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005<sup>1</sup>. En vertu de cette assurance, les femmes salariées ou exerçant une activité lucrative indépendante auront droit à une allocation de maternité durant 14 semaines après l'accouchement.

A son annexe, la LPGA modifie également d'autres lois fédérales et, en particulier, l'article 8, 3<sup>e</sup> alinéa, LPP. Cette disposition a été complétée en ce sens que la protection de l'assurance LPP à l'égard du travailleur, en l'occurrence le maintien du salaire coordonné lorsque le salaire diminue temporairement en raison de maladie, d'accident ou de chômage vaut également en cas de maternité tant que l'employeur est tenu de verser le salaire selon l'article 324a du code des obligations (CO) ou de congé de maternité selon l'article 329f CO. Dès lors, en raison de ce complément, la travailleuse est automatiquement maintenue au niveau de prévoyance qu'elle avait acquis avant l'accouchement que l'employeur poursuive le versement du salaire ou non. Dans le premier cas, conformément à l'article 17, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre b, LAPG, c'est ce dernier qui peut faire valoir le droit au versement de l'allocation à titre de compensation<sup>2</sup>. Quant au financement de la poursuite de cette assurance LPP, l'employeur est contraint de payer au moins la moitié des cotisations LPP (art. 66, 1<sup>er</sup> al., LPP).

En revanche, lorsque l'employeur ne verse aucun salaire pendant le congé de maternité et que la travailleuse touche par conséquent l'allocation de maternité soit par l'intermédiaire de l'employeur ou directement par la caisse de compensation AVS<sup>3</sup>, l'article 8, 3<sup>e</sup> alinéa, LPP prévoit expressément la poursuite de l'assurance LPP pendant toute la durée du versement des allocations de maternité. C'est la raison pour laquelle, la disposition précitée de la LPP a été modifiée en ce sens, comme relevé ci-devant, que le salaire coordonné est maintenu pendant toute la durée du congé de maternité conformément à l'article 329f CO<sup>4</sup>. Néanmoins, comme jusqu'à présent, l'assurée a toujours la possibilité de demander la réduction du salaire coordonné (cf. art. 8, 3<sup>e</sup> al., dernière phrase, LPP), à savoir que celui-ci sera calculé sur le montant des indemnités de maternité.

L'assurance maternité ne régit pas le financement de la poursuite de l'assurance LPP. L'article 19a, 1<sup>er</sup> alinéa, LAPG ne prévoit par ailleurs pas de prélèvement de cotisations LPP sur les indemnités de maternité<sup>5</sup>. Contrairement aux autres assurances sociales, les cotisations LPP ne sont pas déterminées de manière fixe en fonction d'un pourcentage

---

<sup>1</sup> Il s'agit en l'occurrence de la modification du 3 octobre 2003 de la loi sur les allocations pour la perte de gain (LAPG), qui concrétise aux articles 16b et suivants l'assurance maternité au plan fédéral.

<sup>2</sup> A noter qu'en vertu de la circulaire sur l'allocation de maternité (CAMat), il est prévu sous chiffre 1005 que l'employeur ne peut faire valoir son droit qu'à la condition que le salaire versé soit au moins équivalent à l'allocation de maternité. Il n'est cependant pas nécessaire que l'employeur verse le salaire pendant toute la durée du droit à l'allocation.

<sup>3</sup> En vertu de l'article 19, 2<sup>e</sup> alinéa, LAPG, l'allocation est payée par la caisse de compensation auprès de laquelle la demande doit être faite ou par l'employeur lorsque les ayants droit exerçaient une activité salariée avant la naissance du droit.

<sup>4</sup> Voir également Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 3 octobre 2002, ch. 3.2.2 (FF 2002, 6998 et ss).

<sup>5</sup> En effet, en vertu de cette disposition, les allocations sont uniquement soumises à cotisations AVS/AI, APG et, le cas échéant, à l'assurance-chômage.

déduit du salaire. En effet, selon l'article 66, 1<sup>er</sup> alinéa, LPP, il appartient à l'institution de prévoyance de déterminer dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et celles des salariés<sup>6</sup>. Ainsi, il ressortit au règlement de l'institution de prévoyance de fixer la manière dont sera financé la poursuite de cette assurance LPP en cas de maternité.

#### **480 Pratique opérée par certaines institutions bancaires en matière d'encouragement à la propriété du logement et plus particulièrement en matière de mise en gage**

(art. 10 OEPL)

Dans le cadre d'une mise en gage, certaines banques notifient simplement à la caisse de pensions que l'un de ses assurés a mis en gage ses prestations auprès de leur établissement en demandant un simple accusé de réception.

L'OFAS est d'avis qu'une caisse de pensions n'est pas habilitée à faire preuve de plus de souplesse et admettre sans autre de tels procédés. En cas de litige, celle-ci s'expose au risque de devoir s'acquitter une deuxième fois du montant versé. En vertu de l'article 10 OEPL, lorsque la personne assurée fait valoir son droit au versement anticipé ou à la mise en gage, celle-ci doit fournir à l'institution de prévoyance la preuve que les conditions de leur réalisation sont remplies. Selon cet article, les preuves sont par conséquent à fournir à l'institution de prévoyance et non pas au créancier gagiste. En déléguant de telle sorte l'examen de la demande de mise en gage à une institution bancaire, une institution de prévoyance n'est pas libérée du devoir de diligence qui lui incombe. Il convient en outre de préciser que si le gage est ultérieurement réalisé, le montant mis en gage sera effectivement versé. Par conséquent, l'examen d'une demande de mise en gage doit être traité de la même manière qu'une demande de versement anticipé.

#### ***Jurisprudence***

#### **481 Révocation du versement en capital**

(En référence à un arrêt du TFA du 31 janvier 2005 en la cause K. W. W., B 29/04, en allemand)

(Art. 37, al. 3, ancienne LPP; art. 37, al. 4, let. b, LPP)

Nous nous sommes prononcés, au ch. marginal 388 du Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 64 du 28 octobre 2002, sur le délai dont dispose la personne assurée pour revenir sur son choix d'un versement sous forme de capital plutôt que sous forme de rente. A l'époque, nous partions du principe qu'une personne assurée devait pouvoir revenir sur une décision qu'elle avait prise, mais, pour qu'il n'y ait pas de risque d'anti-sélection, nous avons affirmé qu'il convenait de limiter la révocation du choix du capital à un délai de six mois avant l'âge de la retraite. Or, le TFA a affirmé, dans l'arrêt mentionné ci-dessus, que l'art. 37, al. 3, ancienne LPP (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

---

<sup>6</sup> Ce principe découle en outre de la liberté de financement conférée aux institutions de prévoyance conformément à l'article 65 LPP.

n'autorisait pas une révocation du droit formateur lorsque a commencé à courir le délai de trois ans avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse.

Cette disposition légale ne porte que sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'une personne assurée puisse exiger le versement de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle sous forme de prestation en capital plutôt que sous forme de rente, mais elle ne prévoit aucune possibilité de révocation.

Le Conseil fédéral avait voulu introduire le délai légal de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP pour protéger l'institution de prévoyance contre le danger du risque d'anti-sélection (message sur la LPP, FF 1976 I 217 s.). La LPP prévoit aussi ailleurs un délai de trois ans en faveur des institutions de prévoyance. C'est ainsi que la personne assurée 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 d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins (art. 30c, al.1, LPP et art. 331e, al. 1, CO) ou mettre en gage son droit aux prestations de prévoyance (art. 331d, al. 1, CO), le remboursement d'un montant obtenu dans ce but étant aussi autorisé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse (art. 30d, al. 3, let. a, LPP). Ces dispositions non plus ne prévoient pas de possibilité de révocation lorsque le délai a commencé à courir. Le délai de trois ans devait empêcher ou réduire le risque d'anti-sélection. Il peut aussi y avoir un risque d'anti-sélection lorsqu'une personne assurée qui a opté pour un versement en capital revient sur sa décision parce qu'elle a jugé après-coup qu'elle allait probablement vivre plus longtemps et, de ce fait, qu'elle constituait un mauvais risque pour l'institution de prévoyance. Le but de l'art. 37, al. 3, ancienne LPP étant précisément de rendre impossible ce type de comportement, il ne serait pas judicieux de permettre une révocation qui ne respecterait pas le délai légal mentionné.

Si une personne assurée a pris une fois ce genre de décision, elle ne peut donc plus revenir en arrière, au moins lorsque le délai de trois ans a commencé à courir. Si le droit formateur pouvait être révoqué après le début du délai, toutes les personnes assurées pourraient user de la possibilité de révoquer la décision jusqu'au moment du paiement. De ce fait, la possibilité de choisir prévue à l'art. 37, al. 3, ancienne LPP ne serait plus limitée dans le temps pour ce groupe de personnes. Toutes les personnes assurées pourraient contourner la disposition au moyen d'une simple déclaration si bien que la norme pourrait être vidée de son contenu (soit empêcher ou freiner le risque d'anti-sélection). Pour prévenir ce genre d'abus, la révocation ne doit être autorisée que jusqu'à trois ans au plus avant la naissance du droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle.

#### Mise à jour

Dans cadre de la 1<sup>re</sup> révision LPP, le législateur a élaboré une nouvelle version de l'art. 37 LPP (forme des prestations) et remplacé l'al. 3 par deux nouveaux alinéas (le nouvel article est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005). Selon l'art. 37, al. 4, let b, LPP, il n'existe plus de délai légal que la personne assurée doit respecter pour faire connaître sa volonté ; l'institution peut par contre prévoir que les ayants droit aient à respecter un délai déterminé pour faire savoir qu'ils désirent percevoir une prestation en capital.

En raison de cette jurisprudence – même si elle se réfère à l'art. 37, al. 3, ancienne LPP –, nous estimons quant à nous qu'il faut aussi partir du principe que le

nouvel art. 37, al. 4, let. b, LPP n'autorise pas une révocation de droit formateur après le début du délai fixé par l'institution de prévoyance pour faire connaître sa volonté de percevoir une prestation en capital.

#### **482 Institutions enveloppantes en primauté des cotisations : taux d'intérêt nul en cas de découvert**

(En référence à un jugement du tribunal des assurances du canton d'Argovie du 11 janvier 2005 en la cause A.P.)

(Art. 17 LFLP ; directives du 21 mai 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle)

Le ch. 33 des directives affirme que les institutions de prévoyance enregistrées en primauté des cotisations qui étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales de la LPP (institutions de prévoyances dites enveloppantes) peuvent, en cas de découvert, appliquer à l'ensemble de l'avoir d'épargne un taux d'intérêt réduit ou nul en application du principe d'imputation. Le tribunal des assurances du canton d'Argovie, invoquant la jurisprudence du TFA relative au principe d'imputation (adaptation au renchérissement : 127 V 264 ; calcul du libre passage : 114 V 248 ; réduction des rentes pour cause de surindemnisation : B 74/03), juge conforme au système d'invoquer le principe d'imputation également dans le cas de rémunération réduite ou nulle des avoirs. Comme cela est le cas pour les situations sur lesquelles la jurisprudence s'est déjà prononcée, deux calculs sont mis en parallèle, l'un portant sur le seul domaine LPP obligatoire et l'autre sur l'ensemble des domaines obligatoire et surobligatoire ; les droits légaux des assurés doivent dans tous les cas être préservés. Le ch. 33 des directives correspond donc à la jurisprudence et ne doit pas être mis en cause. Pour ce qui est du principe d'imputation, les prescriptions légales minimales doivent être respectées. Le ch. 331, al. 2, des directives le prévoit aussi. L'application prévue d'un intérêt nul, conformément au principe d'imputation, présuppose que le taux minimal continue à s'appliquer sur la part obligatoire. En outre les cotisations minimales versées lors de la sortie de l'institution de prévoyance, selon l'art. 17 LFLP doivent-elles être garanties. Par ailleurs, l'application d'un taux nul selon le principe d'imputation n'est autorisée que si cette possibilité est prévue dans le règlement (ch. 331 des directives).

##### Mise à jour

Le 27 octobre 2004, le Conseil fédéral a édicté les nouvelles directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle et abrogé les anciennes directives du 21 mai 2003. Aux ch. 33 et 331 évoqués dans le jugement correspondent les ch. 31 et 311 des nouvelles directives. Nous estimons donc quant à nous que la jurisprudence citée plus haut s'applique aussi à ces nouvelles directives et à ces nouveaux chiffres.

### **483 Divorce - partage de la prestation de sortie lors de la réalisation du risque - droit applicable**

(référence à l'arrêt du TFA du 30 mars 2005, en la cause Pax contre F., B 107/03 ; arrêt en italien)

(art. 23, LPP; art. 22 aLFLP)

Suite à un jugement de divorce entré en force le 21 octobre 1999, le juge du divorce a ordonné à l'institution de libre passage de verser une partie de la prestation de sortie à l'assuré. La caisse a refusé d'obtempérer au motif que son assuré présentait une incapacité de travail suite à un accident. Saisi d'une action, le Tribunal cantonal a ordonné le versement au motif que le cas de prévoyance n'était pas réalisé, car l'AI n'avait pas accordé de prestation et la caisse, de son côté, n'avait pas admis le cas. Saisi à son tour par la caisse, le Tribunal fédéral a admis le recours.

Les questions auxquelles le TFA a répondu portent sur le droit applicable (l'ancien droit du divorce ou le nouveau droit, entré en vigueur entre temps) et sur la réalisation du risque invalidité qui empêche le versement de la prestation.

S'agissant du droit applicable, le TFA a rappelé sa jurisprudence du 28 janvier 2003 (B 96/00, cons. 3.2) aux termes de laquelle lorsque le jugement de divorce est passé en force, il y a lieu d'appliquer le droit en vigueur à ce moment. En l'occurrence, il s'agit ici de l'ancien droit.

Pour ce qui est de la réalisation du cas d'assurance et donc du versement ou non de la prestation de libre passage, le TFA a rappelé que le cas d'assurance est réalisé si l'assuré présente une incapacité permanente de gain de 50% au moins ou s'il est victime d'une incapacité de travail moyenne de 50% au moins sur une période d'une année, sans interruptions notables et qu'il ait bénéficié d'une rente d'invalidité ou d'un capital de l'institution de prévoyance. Lorsque la caisse fonde sa décision sur la base de l'AI, le droit naît en même temps que la rente AI ; tandis que si la caisse a sa propre définition de l'invalidité, il lui appartient de fixer le début de celle-ci.

Dans le cas d'espèces, à la date d'entrée en force du jugement du divorce, l'assuré présentait une incapacité totale de travail ; il y a donc lieu d'admettre que le cas d'assurance était réalisé et, partant, que la prestation ne pouvait être versée en espèces.