



15 janvier 2009

---

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 110

---

### Indications

- 675 Modification de la loi sur les banques : renforcement de la protection des déposants
- 676 Situation financière des institutions de prévoyance en 2007

### Prises de position

- 677 Assurance externe et maintien de l'assurance en cas de réduction du taux d'occupation
- 678 Est-il possible de retirer la totalité du capital de prévoyance déposé dans une institution de libre passage moins de 3 ans après avoir effectué un rachat dans une caisse de pensions ?
- 679 Est-il admissible de financer l'installation de panneaux solaires par un versement anticipé du 2<sup>e</sup> pilier ?

### Jurisprudence

- 680 Calcul de surindemnisation en cas d'invalidité partielle
- 681 Concordance événementielle en rapport avec un calcul de surindemnisation
- 682 Capital-décès en vertu de la loi sur la continuation de l'assurance ou d'une convention de prévoyance ?
- 683 Compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec le droit de l'assuré à la prestation de sortie ?

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

### 675 Modification de la loi sur les banques : renforcement de la protection des déposants

Le 19 décembre 2008 est entré en vigueur le renforcement de la protection des déposants: voir le Recueil officiel (RO) 2009 pp. 55: <http://www.admin.ch/ch/f/as/2009/55.pdf>.

Le Message du Conseil fédéral sur le renforcement de la protection des déposants a été publié dans la Feuille fédérale (FF) 2008 pp. 7951 ss : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2008/7951.pdf>.

Les dispositions concernant les fondations du pilier 3a et les fondations de libre passage sont les suivantes :

*Art. 37b, al. 1<sup>bis</sup> et 4, de la loi sur les banques* : privilège à concurrence de 100'000 francs pour chaque déposant en cas de faillite.

Le texte de ces dispositions est le suivant :

### **Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) (Renforcement de la protection des déposants)**

#### **Modification du 19 décembre 2008**

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,*  
vu le message du Conseil fédéral du 5 novembre 2008<sup>1</sup>,  
*arrête:*

I

La loi du 8 novembre 1934 sur les banques<sup>2</sup> est modifiée comme suit:

*Art. 37b, al. 1<sup>bis</sup> et 4*

<sup>1bis</sup> Les dépôts qui ne sont pas libellés au porteur, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, sont attribués, jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP<sup>3</sup>.

<sup>4</sup> Les créances des fondations bancaires reconnues comme institutions de prévoyance au sens de l'art. 82 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>4</sup> ainsi que les créances des fondations de libre passage reconnues comme institutions de libre passage au sens de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage<sup>5</sup> sont considérées comme des dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés. Elles sont privilégiées, indépendamment des autres dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés, à concurrence du montant maximal fixé à l'al. 1<sup>bis</sup>.

...

III

<sup>1</sup> La présente loi est déclarée urgente conformément à l'art. 165, al. 1, de la Constitution<sup>6</sup>. Elle est sujette au référendum prévu par l'art. 141, al. 1, let. b, de la Constitution.

<sup>2</sup> Elle entre en vigueur le 20 décembre 2008 et a effet jusqu'au 31 décembre 2010.

---

<sup>1</sup> FF 2008 7951

<sup>2</sup> RS 952.0

<sup>3</sup> RS 281.1

<sup>4</sup> RS 831.40

<sup>5</sup> RS 831.42

<sup>6</sup> RS 101

**676 Situation financière des institutions de prévoyance en 2007**

Le 19 décembre 2008, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport annuel de l'OFAS sur la situation financière des institutions de prévoyance et des assureurs-vie. Cette dernière s'est légèrement détériorée en 2007 en raison des turbulences sur les marchés financiers. Le nombre de caisses en découvert a légèrement augmenté.

Lien internet pour le communiqué de presse :

<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/24525>

**Prises de position**

**677 Assurance externe et maintien de l'assurance en cas de réduction du taux d'occupation**

**Art. 1<sup>1</sup> But**

<sup>2</sup> Le salaire assuré dans la prévoyance professionnelle ou le revenu assuré des travailleurs indépendants ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS.

---

<sup>1</sup> Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 3 oct. 2003 (1<sup>re</sup> révision LPP), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2006 ([RO 2004 1677](#) 1700; [FF 2000 2495](#)).

**Art. 47<sup>1</sup> Interruption de l'assurance obligatoire**

<sup>1</sup> L'assuré qui cesse d'être assujéti à l'assurance obligatoire peut maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment, soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent, soit auprès de l'institution supplétive.

<sup>2</sup> L'assuré qui n'est plus soumis à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 1<sup>bis</sup> <sup>2</sup>, peut maintenir la prévoyance contre les risques de décès et d'invalidité dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive.

---

<sup>1</sup> Nouvelle teneur selon l'art. 117a de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1997 (RS [837.0](#)).

<sup>2</sup> Actuellement «art. 2, al. 3 ».

a) *Contexte*

Le lien entre l'art. 1, al. 2, et l'art. 47 LPP n'a pas été explicité dans la procédure législative.

Les deux dispositions ne sont aucunement contradictoires dans les cas de figure suivants, où un revenu soumis à la cotisation AVS continue à être perçu :

- Une personne assurée jusque-là à titre obligatoire perçoit désormais un revenu soumis à la cotisation AVS qui ne doit pas obligatoirement être assuré parce qu'elle exerce désormais une activité lucrative indépendante.
- Une personne assurée jusque-là à titre obligatoire réduit son taux d'occupation si bien que son revenu annuel devient inférieur au seuil d'entrée du régime obligatoire LPP. Si seul le revenu AVS effectivement perçu est assuré, il n'y a pas de contradiction avec l'art. 1, al. 2, LPP. Mais si l'assurance au sens de l'art. 47, al. 1, LPP était maintenue « dans la même mesure que précédemment », il y aurait bel et bien contradiction avec l'art. 1, al. 2, LPP, ce qui ne poserait toutefois pas de problème économique étant donné que l'opération aurait des incidences minimales pour le fisc.

## Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 110

Une contradiction existe par contre si l'art. 47, al. 1, LPP sert de base pour le maintien de l'assurance dans un sens plus large, comme dans les cas suivants :

- Une personne assurée cesse temporairement d'exercer une activité lucrative (p. ex. pause maternité, formation, etc.) et, durant cette période, ne perçoit pas de revenu soumis à la cotisation AVS.
- Une personne assurée cesse définitivement d'exercer toute activité lucrative et ne reçoit plus de revenu soumis à la cotisation AVS.
- Une personne assurée réduit son taux d'activité et maintient l'assurance sur la base du revenu précédemment assuré.

### b) Généralités sur le lien entre les deux dispositions légales

L'art. 1, al. 2, LPP constitue la disposition la plus récente, qui a en soi préséance sur l'art. 47 LPP, plus ancien. L'art. 47 LPP a toutefois le statut de disposition spéciale.

La prévoyance professionnelle présupposant par nature l'exercice d'une activité lucrative, l'art. 47 LPP doit être considéré comme une disposition d'exception. L'art. 1, al. 2, LPP confirmant que le 2<sup>e</sup> pilier prend appui sur le 1<sup>er</sup> pilier, il devient urgent d'interpréter l'art. 47 LPP dans un sens restreint.

Selon l'art. 49, al. 2, ch. 1, LPP, l'art. 1, al. 2, LPP s'applique aussi au régime surobligatoire, ce qui n'est pas prévu pour l'art. 47 LPP. Par conséquent, l'art. 47 LPP ne peut servir de base légale que pour une réglementation d'exception du domaine obligatoire (du moins à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2006). Cela dit, la distinction entre les régimes est difficile à opérer dans le cas des institutions de prévoyance enveloppantes.

### c) Propositions de changement liées aux mesures prises pour permettre aux travailleurs âgés de trouver plus facilement un emploi

Dans son message du 15 juin 2007 (FF **2007** 5381), le Conseil fédéral propose la modification suivante de la LPP.

#### **Art. 33a (nouveau) Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré**

<sup>1</sup> L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité, pour les assurés ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue d'un tiers au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.

<sup>2</sup> Le maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré peut être prévu pour sept ans au plus, mais pas au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> La parité des cotisations prévues par l'art. 66, al. 1, de la présente loi et par l'art. 331, al. 3, du code des obligations ne s'applique pas aux cotisations destinées à maintenir la prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le règlement peut prévoir des cotisations de l'employeur visant le même but qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Selon le commentaire du Conseil fédéral, l'art. 33a LPP proposé constitue une exception au principe de l'art. 1, al. 2, LPP, exception qui ne doit toutefois pas réduire davantage encore la portée du principe prévu dans cet article, selon lequel la somme assurée dans le 2<sup>e</sup> pilier ne peut dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS.

Il en ressort que le Conseil fédéral estime lui aussi qu'une assurance externe n'est possible que s'il existe un revenu soumis à la cotisation AVS, soit lorsqu'un tel revenu est perçu.

<sup>7</sup> Version modifiée du Conseil des Etats du 16 septembre 2008 pour l'art. 33a al. 2: «La prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier gain assuré au plus tard jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite ».

*d) Pratique fiscale actuelle et réflexions sur le nouveau droit*

Selon la pratique fiscale actuelle, le salaire obtenu précédemment peut continuer à être assuré lorsque la personne interromp à titre transitoire son activité lucrative ou cesse d'en exercer une peu de temps avant de pouvoir prendre une retraite anticipée. Est considérée comme transitoire une durée d'environ deux ans (cf. Conférence suisse des impôts, Prévoyance et impôts, cas d'application A.2.4.1).

Les autorités fiscales (Groupe de travail Prévoyance) pourraient envisager de permettre que l'assurance actuelle puisse encore être maintenue pour une durée de deux ans. Elle se base pour cela sur les considérations suivantes :

- L'art. 1, al. 2, LPP doit être pris en compte dans l'interprétation de l'art. 47 LPP. Globalement, il ne faut toutefois pas oublier que l'art. 1, al. 2, LPP constitue une norme de principe qui conserve sa valeur à plus long terme. C'est ainsi par exemple que, dans le cas des travailleurs indépendants, il est admis de se baser sur des valeurs moyennes. Lorsque l'interruption n'est que passagère, le principe selon lequel le salaire assuré ne doit pas dépasser le salaire soumis à la cotisation AVS n'est pas enfreint.
- Il faut définir de façon un peu plus stricte que jusqu'ici ce que signifie le terme transitoire. Une durée de plus de deux ans ne devrait pas entrer dans cette catégorie, à moins qu'une base légale expresse ne précise le contraire.
- Les interruptions transitoires de l'exercice d'une activité lucrative et les licenciements peu de temps avant que ne puisse être prise une retraite anticipée créent souvent des difficultés sur le plan de l'organisation ou des situations très insatisfaisantes (p. ex. perte de la possibilité d'obtenir une rente de vieillesse). Il est donc justifié dans ce cas d'utiliser autant que possible la marge d'interprétation existante.

*e) Conclusion*

Sur la base du nouvel art. 33a LPP proposé, on pourrait dire en conclusion que le maintien de l'assurance est admis durant deux ans tant dans le régime obligatoire que dans le régime surobligatoire. Conserver plus longtemps une assurance sur la base d'un salaire AVS non perçu ne serait possible que si les conditions de l'art. 33a (nouveau) LPP sont remplies.

**678 Est-il possible de retirer la totalité du capital de prévoyance déposé dans une institution de libre passage moins de 3 ans après avoir effectué un rachat dans une caisse de pensions ?**

Par exemple, une femme effectue un rachat de 20'000 francs dans une caisse de pensions à l'âge de 62 ans. Une année plus tard, elle quitte son employeur et transfère la totalité de son avoir de prévoyance auprès d'une fondation bancaire de libre passage dont le règlement prévoit que les prestations de vieillesse sont versées exclusivement sous forme de capital. Quelques semaines après, à l'âge de 63 ans, elle demande le versement anticipé de la totalité de son compte de libre passage.

Selon l'art. 79b, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, LPP, « les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans ». Il résulte de cette disposition que le montant racheté peut seulement être versé sous forme de rente pendant le délai d'attente de 3 ans. Cette disposition s'applique aussi aux institutions de libre passage (cf. Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 91 ch. 1.1 p. 3 et n° 97 ch. 568 p. 2). Par conséquent, le montant racheté de 20'000 francs déposés sur le compte de libre passage est soumis au délai d'attente de 3 ans. Comme le rachat a été effectué à l'âge de 62 ans, le montant de 20'000 francs ne peut pas faire l'objet d'un retrait en capital avant l'âge de 65 ans. Le maintien des 20'000 francs sur le compte de libre passage jusqu'à 65 ans est admissible au regard de l'art. 16, al. 1, de

l'ordonnance sur le libre passage (OLP) qui prévoit que les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP et au plus tard cinq ans après.

Par contre, si le montant total du compte de libre passage est supérieur à 20'000 francs, ce solde (qui n'a pas été financé par un rachat) peut faire l'objet d'un retrait anticipé partiel sur la base de l'art. 16, al. 1, de l'ordonnance sur le libre passage OLP (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 88 ch. 511 p. 2).

**679 Est-il admissible de financer l'installation de panneaux solaires par un versement anticipé du 2<sup>e</sup> pilier ?**

Le versement anticipé peut servir à financer non seulement des travaux de rénovation du logement qui évitent une moins-value du logement mais également des travaux d'une certaine importance qui apportent une plus-value au logement (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55 p. 2). Un versement anticipé est admissible pour financer l'installation de panneaux solaires produisant de l'électricité ou de l'eau chaude ou pour chauffer l'habitation, car il s'agit là de travaux qui augmentent indéniablement la valeur du logement sur le marché immobilier, compte tenu des économies d'énergie considérables dont bénéficie le propriétaire d'un tel logement. Le montant minimal du versement anticipé est de 20'000 francs (art. 5, al. 1, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle OEPL).

## **Jurisprudence**

**680 Calcul de surindemnisation en cas d'invalidité partielle**

(Référence à l'arrêt du TF du 21 octobre 2008 en la cause G. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de X. SA, 9C\_347/2008 ; arrêt en français)

(Art. 24 OPP 2)

G. a travaillé à plein temps au service de la société X. SA jusqu'au 31 octobre 1996 et était affiliée à ce titre à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de X. SA. En raison des problèmes de santé qu'elle a rencontrés à compter du mois de juillet 1994, elle a été mise au bénéfice d'une demi-rente de l'assurance-invalidité à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1995. La juridiction cantonale nie toute prétention de G. envers la Fondation pour cause de surindemnisation.

Le litige porte sur le calcul de la surindemnisation, plus précisément sur la détermination de la limite de la surindemnisation, dans le cas d'une personne présentant une invalidité partielle, en l'occurrence fondée sur un taux d'incapacité de gain de 50%.

Le TF a rappelé dans un premier temps que l'estimation du statut de G. effectuée par les organes de l'assurance-invalidité vaut aussi en principe pour la prévoyance professionnelle obligatoire et plus étendue. Le « gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé » au sens de l'art. 24, al. 1, OPP 2, correspond dès lors en l'espèce au revenu d'une activité à plein temps. Il s'agit du point de départ pour fixer la limite de la surindemnisation. C'est donc à tort que la juridiction cantonale a divisé par deux le revenu annuel présumé perdu de G. afin de tenir compte, selon ses dires, de son taux d'invalidité de 50 % (cons. 4).

Le TF rappelle ensuite que, en ce qui concerne le montant du gain annuel présumé perdu, il s'agit de se fonder sur le salaire réalisé en dernier lieu, en tenant compte de l'évolution des salaires (cons. 5).

En résumé, il convient, selon le TF, de fixer la limite de surindemnisation des invalides qui auraient exercé une activité lucrative à plein temps s'ils n'avaient pas été atteints dans leur santé en prenant en compte le gain annuel perdu correspondant à une activité exercée à plein temps et adapté, année

après année, à l'évolution des salaires, par exemple dans l'entreprise pour la même catégorie de salariés ou dans la branche concernée (cons. 6).

**681 Concordance événementielle en rapport avec un calcul de surindemnisation**

(Référence à un arrêt du TF du 4 septembre 2008 en la cause Fondation de prévoyance O. contre M., 9C\_40/2008; arrêt en allemand)

(Art. 24, al. 2, OPP 2)

M. a obtenu, par décision du 17 novembre 2000 de l'Office AI du canton de St Gall, une rente entière d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2000 pour atteintes somatiques et psychiques à la santé (degré d'invalidité de 71 %). Dans une proposition transactionnelle, la fondation de prévoyance a ensuite reconnu le droit de M. à des prestations pour un degré d'invalidité de 50 % à partir du 17 août 1998. M. s'est déclaré d'accord avec cette proposition et a accepté que seules soient prises en considération les atteintes somatiques, mais pas les atteintes psychiques. Par la suite, dans le cadre du calcul de la surindemnisation, les parties ne se sont pas mises d'accord sur la question de savoir si la rente d'invalidité du 1<sup>er</sup> pilier correspondant aux atteintes psychiques devait être prise en compte dans le calcul bien que la rente d'invalidité du 2<sup>e</sup> pilier ait fait abstraction de ces atteintes. Invoquant ce motif, M. a agi en justice contre la fondation de prévoyance devant le Tribunal des assurances du canton de St-Gall qui, par jugement du 7 novembre 2007, a partiellement admis l'action et a notamment invité la fondation de prévoyance à n'inclure que la moitié de la rente AI du 1<sup>er</sup> pilier dans le calcul de la surindemnisation. La fondation de prévoyance O. a interjeté un recours au TF contre ce jugement cantonal.

La question litigieuse soumise à l'examen du TF est celle de savoir dans quelle mesure il faut déduire de la rente d'invalidité du 2<sup>e</sup> pilier dès juillet 2001 la rente entière versée par l'AI (1<sup>er</sup> pilier) depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2000. .

Le TF retient que, selon le principe de concordance des droits ancré à l'art. 24, al. 2, OPP 2, des prestations de diverses assurances sociales (ou des autres revenus) ne peuvent être mises en rapport les unes avec les autres que si elles « sont liées au même événement et à la même personne et qu'il y a aussi une concordance objective et temporelle entre elles » (citation traduite tirée de Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, p. 301 s. et 319); c'est notamment ce principe de concordance qui limite la coordination matérielle étendue entre les 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> piliers. Reste à examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure la concordance liée à l'événement atténue l'obligation générale des institutions de prévoyance de reprendre le degré d'invalidité défini par l'AI. En se référant aux considérants d'un arrêt concernant la prise en compte de prestations d'assurance en matière de responsabilité civile pour un accident (4C.62/2005 du 1<sup>er</sup> novembre 2005), le TF considère que la prise en compte des prestations s'inscrivant dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire doit trouver ses limites là où l'AI fournit des prestations pour une invalidité (partielle) que, de son côté, l'institution de prévoyance n'a pas l'obligation de prendre en charge (comme tel est le cas, en l'espèce, des atteintes psychiques de M.). Il serait en effet choquant qu'une institution de 2<sup>e</sup> pilier non tenue de fournir des prestations pour une atteinte à la santé déterminée puisse tirer profit, dans le cadre de la surindemnisation, des prestations du 1<sup>er</sup> pilier allouées en raison de cette même atteinte à la santé. C'est donc à juste titre que le tribunal cantonal a considéré que seules les prestations allouées par l'AI pour les atteintes somatiques (une demi-rente AI) – pour lesquelles la fondation O. est aussi tenue de fournir des prestations – pouvaient être prises en compte dans le calcul de la surindemnisation et que, dans cette mesure, une évaluation différenciée de la concordance événementielle était nécessaire.

**682 Capital-décès en vertu de la loi sur la continuation de l'assurance ou d'une convention de prévoyance ?**

(Référence à un arrêt du TF du 14 novembre 2008 en la cause S. et J. contre Fondation collective LPP de la Rentenanstalt, 9C\_681/2007; arrêt en allemand)

(Art. 18, let. a, et 22, al. 1, LPP ; loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle ; art. 4 LCA)

Née en août 1942, W. était totalement incapable de travailler depuis le 26 mars 2004. Se basant sur la loi relative à la continuation de l'assurance, son employeur a avisé l'institution de prévoyance le 17 juin 2004 de la continuation de l'assurance de W. au-delà de son anniversaire de 62 ans. L'institution de prévoyance a ainsi établi le 6 juillet 2004 une attestation d'assurance à l'adresse de l'assurée où il était notamment question d'un capital-décès comme prestation d'assurance. W. est décédée le 10 octobre 2004. Ses filles S. et J. ont ensuite exigé le versement du capital-décès en leur faveur, ce que l'institution de prévoyance a refusé en invoquant l'incapacité de travail de W. existant depuis mars 2004. Le Tribunal cantonal des assurances saisi par les filles a rejeté l'action en paiement du capital-décès.

Le TF commence par examiner si le risque de prévoyance en cas de mort, déterminant en ce qui concerne la prestation réclamée en justice, pourrait éventuellement s'être réalisé déjà à la survenance de l'incapacité antérieure de travail ou de gain de W. Il rappelle dans ce contexte son arrêt publié récemment, selon lequel la disposition légale de l'art. 18, let. a, LPP n'avance pas la survenance du risque de prévoyance au moment de la survenance de l'incapacité de travail ; cette disposition règle au contraire la protection d'assurance et la compétence en matière de prestations pour le cas où la personne décédée n'est plus assurée auprès de l'institution de prévoyance au moment de son décès (ATF 134 V 28; voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no 104, ch. 633). Faute de disposition contraire dans le règlement, cette jurisprudence s'applique également à la prétention invoquée en l'espèce et fondée sur la prévoyance étendue.

Ensuite, le TF parvient à la conclusion que le droit au capital-décès prévu par le règlement ne peut résulter de la loi relative à la continuation de l'assurance car cette loi n'oblige les institutions de prévoyance à continuer l'assurance qu'en ce qui concerne les prestations minimales selon la LPP.

Un droit au capital-décès ne peut dès lors exister que si ce capital-décès est prévu par une convention de prévoyance valable. En établissant l'attestation d'assurance du 6 juillet 2004, l'institution de prévoyance a manifesté être disposée à continuer sans modification l'assurance préexistante. Elle fait cependant valoir maintenant que si elle avait su l'incapacité de travail de l'assurée, elle aurait refusé la prolongation de la prévoyance professionnelle étendue ; elle indique toutefois n'avoir été avisée de l'incapacité de travail par l'employeur qu'après le décès de l'assurée. Cette objection ne concerne pas une base contractuelle explicite ou implicite entachée d'erreur, mais le cœur de la convention elle-même, raison pour laquelle il ne faut pas se référer au principe général de l'erreur essentielle mais à la violation de l'obligation de déclarer selon l'art. 4 LCA, applicable par analogie. L'obligation de déclarer n'est toutefois pas globale, mais suppose un questionnaire approprié émanant de l'assureur. Comme l'institution de prévoyance n'a pas fait une telle démarche pour s'informer de l'état de santé de l'assurée, la seule conclusion à en tirer est qu'elle avait l'intention de prolonger intégralement les rapports de prévoyance jusqu'à l'âge légal de la retraite selon la LAVS et non de manière différenciée selon les parties obligatoire et étendue de l'assurance. C'est ainsi une convention sur la continuation intégrale de la prévoyance professionnelle subobligatoire qui a été conclue de manière juridiquement valable, de sorte que S. et J. ont droit au capital-décès réglementaire.



**683 Compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec le droit de l'assuré à la prestation de sortie ?**

(Référence à un arrêt du TF du 29 octobre 2008 en la cause X. contre Institution de prévoyance du groupe Zurich Assurances, 9C\_65/2008; arrêt en allemand)

(Art. 39 LPP, art. 3, 4 et 5 LFLP, art. 2, al. 2, CC)

Dans cette procédure, le TF devait examiner notamment l'admissibilité de la compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance (née en raison de rentes d'invalidité allouées à tort) avec la prestation de sortie de l'assuré. Il relève que la jurisprudence admet la compensation entre un versement en espèces et une créance (originaire) de l'institution de prévoyance parce que, dans un tel cas, le maintien de la prévoyance s'avère caduc et qu'en outre l'art. 39, al. 2 et 3, LPP, qui exclut une compensation avec des prestations (seulement) en devenir, ne s'applique pas dans de tels cas. En revanche, le TF ne s'est pas encore prononcé sur la question de l'admissibilité d'une compensation de la créance en remboursement de l'institution de prévoyance avec la prestation de sortie de l'assuré.

Après la prétendue survenance du cas de prévoyance invalidité, l'assuré n'a pas été invité à fournir une déclaration sur l'utilisation de son avoir (versement en espèces, virement à une institution de prévoyance ou maintien de la prévoyance sous une autre forme) lorsqu'il est sorti de l'institution de prévoyance et s'est ensuite mis à exercer une activité lucrative indépendante. Le versement en espèces n'est ainsi pas devenu exigible et l'assuré devait en principe conserver le droit d'option selon les art. 3 et 4 LFLP. Toutefois, en se prononçant pour une de ces possibilités (virement à une institution de prévoyance ou maintien de la protection de prévoyance sous une autre forme), il lui était loisible, en laissant se maintenir le but de prévoyance, de soustraire son avoir à la compensation d'avec la créance en remboursement de l'institution de prévoyance et de profiter ainsi du montant correspondant aux rentes d'invalidité touchées indûment, comme cela s'est avéré rétrospectivement. Les deux possibilités – virement à une institution de prévoyance et maintien, d'une autre manière, de la protection de prévoyance – ne méritaient dès lors pas d'être juridiquement protégées (art. 2, al. 2, CC), de sorte que seule la solution du versement en espèces s'offrait à lui. Ce versement en espèces doit être considéré comme exigible dès la survenance du cas de libre passage, soit après que l'assuré est sorti de l'institution de prévoyance. La compensation est par conséquent admissible.