



31 mars 2010

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117

Indications

- 731 Adoption parlementaire de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle: renforcement de la surveillance et amélioration de la transparence
- 732 Internet : archives LPP avec notamment les messages LPP, LFLP et propriété du logement

Prises de position

- 733 Assujettissement à la prévoyance professionnelle et droit international
- 734 Transmission de la prestation de sortie : nombre de comptes ou de polices de libre passage auprès de la même institution de libre passage (art. 12 OLP)
- 735 Versement anticipé pour le logement suivi d'un versement en espèces comme indépendant puis d'un rachat
- 736 Liquidation partielle : interprétation de l'art. 27h, al. 1, 3e phrase, OPP 2

Jurisprudence

- 737 Interprétation de l'art. 20a, al. 1, LPP concernant la relation entre un orphelin selon l'art. 20 LPP et la compagne de l'assuré décédé désignée en qualité de bénéficiaire
- 738 Obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP
- 739 Changement de jurisprudence concernant le délai de prescription des cotisations selon l'art. 41 LPP et la compétence pour juger des prétentions en réparation consécutives à une violation du contrat d'affiliation
- 740 Compensation du droit à une retraite anticipée avec la créance en réparation du dommage basée sur l'art. 52 LPP

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

731 Adoption parlementaire de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle: renforcement de la surveillance et amélioration de la transparence

Avec l'adoption de la réforme structurelle le 19 mars 2010, le Parlement et le Conseil fédéral ont mis sous toit un projet en cours depuis plusieurs années. Cette réforme renforce la surveillance, la gestion et la transparence dans le 2^e pilier et répond aussi aux demandes exprimées dans le cadre de la votation sur le taux de conversion.

La réforme structurelle renforce la surveillance de la prévoyance professionnelle en désenchevêtrant les compétences et en confiant la haute surveillance à une nouvelle commission indépendante. De plus, elle règle clairement les tâches des différents acteurs du 2^e pilier (organe suprême, organe de révision, expert en matière de prévoyance professionnelle). Elle introduit également des dispositions supplémentaires en matière de gouvernance qui contribuent à améliorer la transparence dans la gestion des caisses de pensions et à prévenir les abus.

Surveillance renforcée du 2^e pilier

La haute surveillance sera désormais assurée par une commission indépendante de l'administration fédérale et clairement séparée de la surveillance directe des caisses de pensions. La Commission de haute surveillance disposera d'un secrétariat spécialisé professionnel. Elle aura pour tâches d'assurer l'uniformité de la pratique de surveillance ainsi que la stabilité du système du 2^e pilier. Elle pourra édicter des standards pour garantir l'assurance qualité dans ce domaine. Elle pourra aussi émettre des directives et procéder à ses propres vérifications en cas de besoin. Globalement, la haute surveillance aura une fonction plus active et davantage régulatrice qu'actuellement.

La position de la surveillance directe sera aussi renforcée par une réglementation plus claire de ses tâches, de ses compétences et de ses instruments de surveillance. La surveillance directe des institutions de prévoyance à caractère national ou international qui sont actuellement surveillées par la Confédération sera dorénavant assurée par les autorités cantonales de surveillance qui devront être administrativement indépendantes sous la forme d'un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Ces institutions de prévoyance devront être transférées auxdites autorités dans un délai maximal de 3 ans à compter de l'entrée en vigueur de la réforme structurelle. D'importants travaux de coordination avec les cantons sont nécessaires pour assurer un passage sans problème dans le nouveau système de surveillance. Les institutions susmentionnées pourront participer aux travaux de mise en œuvre dans le cadre d'un groupe d'accompagnement, d'entente avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations.

Davantage de transparence dans la gestion et l'administration de la fortune

La réforme structurelle introduit de nouvelles exigences concrètes en ce qui concerne l'intégrité et la loyauté des personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune (bonne réputation, garantie d'une activité irréprochable et éviter tout conflit d'intérêts). De plus, les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches devront être annoncés à l'organe de révision au moment de la remise des comptes annuels. Le nom et la fonction des experts, des conseillers en placement et des gestionnaires en placement devront également figurer dans le rapport annuel de l'institution de prévoyance. Ces dispositions de bonne gouvernance sont encore renforcées par l'introduction de dispositions pénales dans la LPP.

Les dispositions sur la gouvernance et la transparence seront aussi renforcées au niveau de l'ordonnance : le « parallel running » (c.-à-d. le fait d'effectuer des opérations de placement pour son propre compte en parallèle avec des transactions pour le compte de l'institution de prévoyance) sera interdit. De plus, les personnes et institutions chargées de gérer et d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance devront lui restituer tous les

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

avantages financiers obtenus de tiers en rapport avec l'exercice de ces activités. En outre, lesdites personnes et institutions devront déclarer chaque année par écrit à l'organe paritaire suprême (conseil de fondation) si elles ont respecté les prescriptions en matière de loyauté (obligation de déclarer). Enfin, la liste des frais administratifs à indiquer devra être encore plus détaillée qu'actuellement afin d'assurer la transparence de ces frais dans les comptes annuels.

Mesures pour faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi

Ce projet adopté par le Parlement le 11 décembre 2009 introduit les deux mesures suivantes:

- possibilité de maintenir la prévoyance professionnelle au niveau du dernier gain assuré en cas de diminution de l'activité lucrative à partir de 58 ans;
- possibilité de poursuivre la prévoyance professionnelle en cas de continuation de l'activité lucrative au-delà de l'âge ordinaire de la retraite.

Entrée en vigueur en 3 étapes

Le Conseil fédéral veut faire entrer en vigueur cette réforme aussi rapidement que possible. Il prévoit les 3 étapes suivantes:

- Les mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011.
- Les dispositions sur la gouvernance et la transparence devraient entrer en force le 1^{er} juillet 2011 après avoir l'objet d'une consultation.
- Les autres dispositions sur la nouvelle structure de surveillance devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2012, après une procédure de consultation sur les dispositions d'ordonnance nécessaires pour la mise en œuvre de la réforme structurelle. C'est donc à partir de cette date-là que la Commission de haute surveillance sera opérationnelle.

Lien pour le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007 (FF 2007 5381):

http://www.admin.ch/ch/f/ff/2007/index0_31.html

Pour de plus amples détails, voir la page internet suivante (Curiavista):

http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20070055

Nous publions ci-après le texte de cette modification législative (seule fait foi la version publiée dans le Recueil officiel):

Réforme structurelle:

**Loi fédérale
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité**

(LPP)

(Réforme structurelle)

Modification du 19 mars 2010

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007¹,
arrête:*

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité² est modifiée comme suit:

Art. 10, al. 2, let. d

² L'obligation d'être assuré cesse, sous réserve de l'art. 8, al. 3:

d. lorsque le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage s'éteint.

Art. 26, al. 3

³ Le droit aux prestations s'éteint au décès du bénéficiaire ou dès la disparition de l'invalidité. Pour les assurés qui sont astreints à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, ou qui poursuivent volontairement leur prévoyance selon l'art. 47, al. 2, la rente-invalidité s'éteint au plus tard lors de la naissance du droit à une prestation de vieillesse (art. 13, al. 1).

Art. 33

Abrogé

Art. 47, al. 2

² L'assuré qui n'est plus soumis à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, peut maintenir la prévoyance contre les risques de décès et d'invalidité dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive.

Art. 49, al. 2, ch. 7, 9, 10, 14 et 15

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

7. la gestion paritaire et les tâches de l'organe suprême de l'institution de prévoyance (art. 51 et 51a),
9. l'agrément des organes de contrôle et leurs tâches (art. 52a à 52e),
10. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a),
14. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
15. *Abrogé*

Art. 51, al. 6 et 7

Abrogés

Art. 51a Tâches de l'organe suprême de l'institution
de prévoyance

¹ L'organe suprême de l'institution de prévoyance en assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en œuvre. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion.

² Il remplit les tâches suivantes, qui sont intransmissibles et inaliénables:

¹ FF 2007 5381

² RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

- a. définir le système de financement;
- b. définir les objectifs en matière de prestations, les plans de prévoyance et les principes relatifs à l'affectation des fonds libres;
- c. édicter et modifier les règlements;
- d. établir et approuver les comptes annuels;
- e. définir le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques;
- f. définir l'organisation de l'institution de prévoyance;
- g. organiser la comptabilité;
- h. garantir l'information des assurés;
- i. garantir la formation initiale et la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur;
- j. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion;
- k. nommer et révoquer l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'organe de révision;
- l. prendre les décisions concernant la réassurance, complète ou partielle, de l'institution de prévoyance et le réassureur éventuel;
- m. définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus;
- n. contrôler périodiquement la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance.

³ L'organe suprême de l'institution de prévoyance peut attribuer à des commissions ou à certains de ses membres la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient informés de manière appropriée.

⁴ Il fixe une indemnité appropriée destinée à ses membres pour la participation à des séances et des cours de formation.

⁵ Pour les institutions de prévoyance qui revêtent la forme d'une société coopérative, l'administration peut se charger des tâches énumérées aux alinéas précédents, à condition que celles-ci ne fassent pas partie des tâches intransmissibles de l'assemblée générale définies à l'art. 879 du code des obligations³.

⁶ Les dispositions fédérales, cantonales ou communales qui, pour les institutions de prévoyance de droit public, répartissent sur plusieurs organes de droit public les tâches visées à l'al. 2 sont réservées.

Art. 51b Intégrité et loyauté des responsables

¹ Les personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable.

² Elles sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, de respecter le devoir de diligence fiduciaire et de servir les intérêts des assurés de l'institution de prévoyance. A cette fin, elles veillent à ce que leur situation personnelle et professionnelle n'entraîne aucun conflit d'intérêts.

Art. 51c Actes juridiques passés avec des personnes proches

¹ Les actes juridiques passés par les institutions de prévoyance se conforment aux conditions usuelles du marché.

² Les actes juridiques que l'institution de prévoyance passe avec des membres de l'organe suprême, avec l'employeur affilié ou avec des personnes physiques ou morales chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune, ainsi que ceux qu'elle passe avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées sont annoncés à l'organe de révision dans le cadre du contrôle des comptes annuels.

³ L'organe de révision vérifie si les actes juridiques qui lui sont annoncés garantissent les intérêts de l'institution de prévoyance.

⁴ L'institution de prévoyance fait figurer dans son rapport annuel le nom et la fonction des experts, des conseillers en placement et des gestionnaires en placement auxquels elle a fait appel.

Art. 52, al. 1 et 4

¹ Les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence.

⁴ L'art. 755 du code des obligations⁴ s'applique par analogie à la responsabilité de l'organe de révision.

Art. 52a Vérification

¹ L'institution de prévoyance désigne pour la vérification un organe de révision et un expert en matière de prévoyance professionnelle.

³ RS 220

⁴ RS 220

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

² L'organe suprême de l'institution de prévoyance remet le rapport de l'organe de révision à l'autorité de surveillance et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle et le tient à la disposition des assurés.

Art. 52b Agrément des organes de révision dans la prévoyance professionnelle

Peuvent exercer la fonction d'organe de révision les personnes physiques et les entreprises de révision qui sont agréées par les autorités fédérales de surveillance de la révision en tant qu'experts-réviseurs au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision⁵.

Art. 52c Tâches de l'organe de révision

¹ L'organe de révision vérifie:

- a. si les comptes annuels et les comptes de vieillesse sont conformes aux dispositions légales;
- b. si l'organisation, la gestion et les placements sont conformes aux dispositions légales et réglementaires;
- c. si les mesures destinées à garantir la loyauté dans l'administration de la fortune ont été prises et si le respect du devoir de loyauté est suffisamment contrôlé par l'organe suprême;
- d. si les fonds libres ou les participations aux excédents résultant des contrats d'assurance ont été utilisés conformément aux dispositions légales et réglementaires;
- e. si, en cas de découvert, l'institution de prévoyance a pris les mesures nécessaires pour rétablir une couverture complète;
- f. si les indications et informations exigées par la loi ont été communiquées à l'autorité de surveillance;
- g. si l'art. 51c a été respecté.

² L'organe de révision consigne chaque année, dans un rapport qu'il adresse à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, les constatations faites dans le cadre des vérifications visées à l'al. 1. Ce rapport atteste le respect des dispositions concernées, avec ou sans réserves, et contient une recommandation concernant l'approbation ou le refus des comptes annuels; ceux-ci doivent être joints au rapport.

³ L'organe de révision commente au besoin les résultats de ses vérifications à l'intention de l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

Art. 52d Agrément des experts en matière de prévoyance professionnelle

¹ Les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent être agréés par la Commission de haute surveillance.

² Les conditions d'agrément sont les suivantes:

- a. formation et expérience professionnelles appropriées;
- b. connaissance des dispositions légales pertinentes;
- c. bonne réputation et fiabilité.

³ La Commission de haute surveillance peut définir plus précisément les conditions d'agrément.

Art. 52e Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

¹ L'expert en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement:

- a. si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements;
- b. si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux dispositions légales.

² Il soumet des recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernant notamment:

- a. le niveau du taux d'intérêt technique et des autres bases techniques;
- b. les mesures à prendre en cas de découvert.

³ Si l'organe suprême ne suit pas les recommandations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et qu'il s'avère que la sécurité de l'institution de prévoyance est compromise, l'expert en informe l'autorité de surveillance.

Art. 53

Abrogé

Art. 53a Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant:

⁵ RS 221.302

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

- a. les affaires que les personnes chargées de l'administration de la fortune peuvent mener pour leur propre compte;
- b. l'admissibilité des avantages financiers obtenus par des personnes en relation avec une activité qu'elles exercent pour une institution de prévoyance, et l'obligation de déclarer ces avantages.

Titre deuxième: Fondations de placement

Art. 53g But et droit applicable

¹ Des fondations au sens des art. 80 à 89^{bis}⁶ du code civil⁷ peuvent être constituées pour la gestion et l'administration commune de la fortune.

² Les fondations de placement sont des institutions qui servent à la prévoyance professionnelle. Elles sont soumises à la présente loi. Dans la mesure où la présente loi et ses ordonnances d'application ne contiennent pas de règles spéciales applicables aux fondations de placement, les dispositions générales du droit des fondations sont applicables à titre subsidiaire.

Art. 53h Organisation

¹ L'organe suprême de la fondation de placement est l'assemblée des investisseurs.

² Le conseil de fondation est l'organe de gestion. Il peut déléguer ses tâches de gestion à des tiers, excepté celles qui sont directement rattachées à la direction suprême de la fondation de placement.

³ L'assemblée des investisseurs édicte des dispositions sur l'organisation, l'administration et le contrôle de la fondation de placement.

Art. 53i Fortune

¹ La fortune totale de la fondation de placement se compose d'une fortune de base et d'une fortune de placement. L'assemblée des investisseurs édicte des dispositions sur le placement de ces fortunes. Les statuts peuvent prévoir que cette attribution soit exercée par le conseil de fondation.

² La fortune de placement comprend les placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs. Elle se compose d'un ou de plusieurs groupes de placements comptabilisés de façon séparée et économiquement indépendants les uns des autres.

³ Un groupe de placements est divisé en parts égales sans valeur nominale en fonction du nombre d'investisseurs.

⁴ En cas de faillite de la fondation de placement, les avoirs et les droits liés à un groupe de placements sont distraits de la masse au bénéfice des investisseurs. Cette disposition s'applique par analogie en cas de concordat par abandon d'actifs. Les créances suivantes de la fondation de placement sont réservées:

- a. les rémunérations prévues par le contrat;
- b. la libération des engagements contractés en exécution régulière de ses tâches pour un groupe de placements;
- c. le remboursement des frais encourus au titre de l'exécution de ces engagements.

⁵ La compensation n'est admissible que par rapport à des prétentions à l'intérieur d'un même groupe de placements ou à l'intérieur de la fortune de base.

Art. 53j Responsabilité

¹ La responsabilité de la fondation de placement pour les engagements d'un groupe de placements est limitée à la fortune de ce dernier.

² Chaque groupe de placements ne répond que de ses propres engagements.

³ La responsabilité des investisseurs est exclue.

Art. 53k Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte des dispositions:

- a. sur le cercle des placements;
- b. sur l'augmentation et l'utilisation de la fortune de base;
- c. sur la fondation, l'organisation et la dissolution;
- d. sur les placements, l'établissement des comptes et la révision;
- e. sur les droits des investisseurs.

⁶ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89^{bis} devient art. 89a.

⁷ RS 210

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

Titres précédant l'art. 54

Titre troisième: Fonds de garantie et institution supplétive

Chapitre premier: Supports juridiques

Titres précédant l'art. 61

Titre quatrième: Surveillance et haute surveillance

Chapitre premier: Surveillance

Art. 61 Autorité de surveillance

¹ Les cantons désignent l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal.

² Les cantons peuvent se regrouper en une région de surveillance commune et désigner une autorité de surveillance pour cette région.

³ L'autorité de surveillance est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Elle n'est soumise à aucune directive dans l'exercice de ses fonctions.

Art. 62, al. 1, phrase introductive et let. a, et 2

¹ L'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination; en particulier:

- a. elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales;

² L'autorité de surveillance exerce aussi, pour les fondations, les attributions prévues par les art. 85 et 86 à 86b du code civil⁸.

Art. 62a Moyens de surveillance

¹ Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision.

² L'autorité de surveillance peut au besoin:

- a. demander en tout temps à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, à l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou à l'organe de révision de lui fournir des renseignements ou de lui remettre des documents pertinents;
- b. donner des instructions à l'organe suprême, à l'organe de révision ou à l'expert en matière de prévoyance professionnelle dans des cas d'espèce;
- c. ordonner des expertises;
- d. annuler des décisions de l'organe suprême de l'institution de prévoyance;
- e. ordonner des mesures de substitution;
- f. mettre en demeure, sanctionner par une réprimande ou révoquer l'organe suprême de l'institution de prévoyance ou certains de ses membres;
- g. ordonner la gestion de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance par un organe officiel;
- h. nommer ou révoquer un organe de révision ou un expert en matière de prévoyance professionnelle;
- i. sanctionner l'inobservation de prescriptions d'ordre conformément à l'art. 79.

³ Les mesures relevant de la surveillance sont à la charge de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance qui les a occasionnées. Les coûts liés à la révocation prévue par l'al. 2, let. h, sont à la charge de l'organe de révision ou de l'expert en matière de prévoyance professionnelle concerné.

Art. 63

Abrogé

Art. 63a

Abrogé

⁸ RS 210

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

Titre précédant l'art. 64

Chapitre 2: Haute surveillance

Art. 64 Commission de haute surveillance

¹ Le Conseil fédéral nomme une commission de haute surveillance composée de sept à neuf membres. Il en désigne le président et le vice-président. Les membres doivent être des spécialistes indépendants. Chacun des partenaires sociaux est représenté par un membre. La durée des mandats est de quatre ans.

² Pour prendre ses décisions, la Commission de haute surveillance ne reçoit de directives ni du Conseil fédéral ni du Département fédéral de l'intérieur. Dans son règlement, elle peut déléguer certaines compétences à son secrétariat.

³ La responsabilité de la Confédération n'est engagée pour les actes de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat que si des devoirs de fonction essentiels ont été violés et que les dommages ne résultent pas d'une violation des obligations d'un assujetti visé à l'art. 64a.

⁴ Au surplus, la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité⁹ est applicable.

Art. 64a Tâches

¹ La Commission de haute surveillance exerce la haute surveillance sur les autorités de surveillance. Elle accomplit les tâches suivantes:

- a. elle garantit que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme; elle peut émettre des directives à cet effet;
- b. elle examine les rapports annuels des autorités de surveillance; elle peut procéder à des inspections auprès de ces dernières;
- c. elle édicte, à condition qu'une base légale existe et après avoir consulté les milieux intéressés, les normes nécessaires à l'activité de surveillance;
- d. elle décide de l'agrément et du retrait de l'agrément donné aux experts en matière de prévoyance professionnelle;
- e. elle tient un registre des experts agréés en matière de prévoyance professionnelle; ce registre est public et il est publié sur Internet;
- f. elle peut émettre des directives à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision;
- g. elle édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral.

² Elle surveille en outre le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement.

³ Elle présente chaque année un rapport d'activité au Conseil fédéral par l'intermédiaire du Département fédéral de l'intérieur.

Art. 64b Secrétariat

¹ La Commission de haute surveillance est dotée d'un secrétariat permanent rattaché administrativement à l'Office fédéral des assurances sociales.

² Le secrétariat remplit les tâches qui lui incombent en vertu du règlement d'organisation et de gestion de la Commission de haute surveillance.

Art. 64c Coûts

¹ Les coûts de la Commission de haute surveillance et du secrétariat sont couverts par:

- a. une taxe annuelle de surveillance;
- b. des émoluments pour les décisions et les prestations.

² La taxe annuelle de surveillance est perçue:

- a. auprès des autorités de surveillance, en fonction du nombre d'institutions de prévoyance surveillées et du nombre d'assurés;
- b. auprès du fonds de garantie, de l'institution supplétive et des fondations de placement, sur la base de la fortune et, le cas échéant, du nombre de compartiments d'investissement.

³ Le Conseil fédéral détermine les coûts de surveillance imputables, règle les modalités de calcul et fixe le tarif des émoluments.

Art. 65, al. 2 et 4

² Elles règlent leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la présente loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles.

⁹ RS 170.32

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

⁴ Le Conseil fédéral détermine un capital de prévoyance initial et des prestations de garantie pour la création d'institutions de prévoyance collectives ou communes qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage¹⁰, quelle que soit leur forme juridique ou administrative. Les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs unis par des liens étroits de nature économique ou financière et les institutions d'associations professionnelles ne sont pas concernées par la présente disposition.

Art. 74, al. 3 et 4

³ Un recours contre une décision de l'autorité de surveillance n'a d'effet suspensif que si le Tribunal administratif fédéral le décide sur requête d'une partie.

⁴ La Commission de haute surveillance a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre des décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de prévoyance professionnelle.

Art. 76, par. 6 et 7

...

celui qui aura mené des affaires non autorisées pour son propre compte, aura contrevenu à l'obligation de déclarer en fournissant des indications inexactes ou incomplètes, ou desservi grossièrement de toute autre manière les intérêts de l'institution de prévoyance,

celui qui n'aura pas communiqué les avantages financiers ou les rétrocessions liés à l'administration de la fortune ou les aura gardés pour lui, à moins qu'ils ne soient indiqués expressément à titre d'indemnité et chiffrés dans le contrat d'administration de la fortune,

...

II

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code civil¹¹

Art. 89^{bis}¹², al. 6, ch. 7, 8, 12, 13 et 14

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹³ sur:

7. l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52e),
8. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a),
12. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
13. *Abrogé*
14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, art. 66, al. 4, art. 67 et 69),

2. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage¹⁴

Art. 9, al. 2, 2^e phrase

2 ... L'art. 79b LPP¹⁵ est réservé.

Art. 19 Découvert technique

Les institutions de prévoyance des corporations de droit public qui s'écartent, avec le consentement de l'autorité de surveillance, du principe de l'établissement du bilan en caisse fermée ne sont pas autorisées à prendre en compte le découvert technique dans le calcul des prestations de sortie. Les autres institutions de prévoyance ne peuvent déduire ce découvert technique que lors d'une liquidation, partielle ou totale (art. 53d, al. 3 LPP).

¹⁰ RS 831.42

¹¹ RS 210

¹² A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89^{bis} devient art. 89a.

¹³ RS 831.40

¹⁴ RS 831.42

¹⁵ RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

III

Disposition transitoire relative à la modification du 19 mars 2010 (LPP, réforme structurelle)

Les institutions de prévoyance qui sont soumises à la surveillance de la Confédération au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification peuvent le rester pendant trois ans au plus à compter de ladite entrée en vigueur.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Travailleurs âgés:

**Loi fédérale
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité**

(LPP)

(Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi)

Modification du 11 décembre 2009

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007¹⁶,
arrête:*

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹⁷ est modifiée comme suit:

Chapitre 5a

Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emploi

Art. 33a Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain
 assuré

¹ 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 de la moitié au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.

² La prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier gain assuré au plus tard jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite.

³ La parité des cotisations prévue à l'art. 66, al. 1, de la présente loi et à l'art. 331, al. 3, du code des obligations¹⁸ ne s'applique pas aux cotisations destinées à maintenir la prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le règlement ne peut prévoir des cotisations de l'employeur visant le même but qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

Art. 49, al. 2, ch. 1

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

II

Les actes normatifs mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code civil¹⁹

Art. 89^{bis}²⁰, al. 6, ch. 1

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité²¹ sur:

¹⁶ FF 2007 5381

¹⁷ RS 831.40

¹⁸ RS 220

¹⁹ RS 210

²⁰ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89^{bis} devient art. 89a).

²¹ RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),

2. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage²²

Art. 17, al. 6

⁶ La majoration de 4 % par année d'âge suivant la 20^e année, prévue par l'al. 1, ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33a LPP.

III

Disposition transitoire relative à la modification du 11 décembre 2009

Coordination de l'âge de la retraite

¹ Si la 11^e révision de l'AVS²³ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite et le versement anticipé ou l'ajournement de la prestation de vieillesse.

² Si la modification du 19 décembre 2008 de la présente loi (Taux de conversion minimal)²⁴ n'entre pas en vigueur avant ou en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

²² RS 831.42

²³ Nouvelle version, premier message, FF 2006 1917

²⁴ FF 2009 19

732 Internet : archives LPP avec notamment les messages LPP, LFLP et propriété du logement

Les messages sur le projet de LPP de 1975, sur le libre passage et sur l'encouragement à la propriété du logement de 1992 ainsi que le commentaire du projet OPP 2 de 1983 sont désormais accessibles facilement sur la page internet suivante de l'OFAS:

Prévoyance professionnelle/données de base/archives:

<http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/00039/02611/index.html?lang=fr>

Les autres messages plus récents sont accessibles en consultant le Recueil systématique (notes de bas de page) ou la Feuille fédérale:

http://www.admin.ch/ch/f/rs/831_40/index.html

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/index.html>

Prises de position

733 Assujettissement à la prévoyance professionnelle et droit international

1 *Le principe*

Les personnes qui exercent une activité salariée en Suisse sont soumises à la prévoyance professionnelle si elles remplissent les conditions, notamment d'âge et de salaire, prévues par la LPP.

2 *Les exceptions*

2.1 *L'art. 1j, al. 2, OPP 2*

Selon l'art. 1j, al. 2, OPP 2, les salariés dont l'activité en Suisse n'a probablement pas un caractère durable, et qui bénéficient de mesures de prévoyance suffisantes à l'étranger, seront exemptés de l'assurance obligatoire à condition qu'ils en fassent la demande à l'institution de prévoyance compétente.

Cette règle ne vaut toutefois pas pour les personnes qui sont soumises à la législation suisse de sécurité sociale en vertu des accords bilatéraux²⁵ et du droit européen auquel renvoient lesdits accords²⁶ (voir les explications à ce sujet dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 66 ch. 400](#)).

2.2 *Le détachement en Suisse*

La notion de détachement implique qu'une personne travaille temporairement dans un autre pays pour le compte de son employeur. Durant la période de détachement, qui ne pourra en principe pas dépasser 5 ans au total, la législation du pays d'origine reste applicable au travailleur et ce dernier n'est pas soumis à la législation du pays d'accueil. En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, cette réglementation concerne uniquement les travailleurs en provenance d'un Etat membre de l'UE/AELE (pour les autres pays, voir le paragraphe suivant). Pour plus de renseignements sur le détachement UE/AELE - Suisse, il convient de se référer au mémento de l'OFAS intitulé [La sécurité sociale des travailleurs détachés CH/AELE](#) (pour la version électronique, cf. sous [La sécurité sociale des travailleurs détachés entre la Suisse et les Etats membres de l'UE/AELE](#)).

Les conventions internationales de sécurité sociale autres que les accords bilatéraux avec l'UE/AELE ne s'appliquent pas à la prévoyance professionnelle. Pour les personnes détachées de l'un de ces

²⁵ Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final) (RO 2002 1529 ; RS 0.142.112.681) - Accord amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (RO 2003 2685 ; RS 0.632.31)

²⁶ Il s'agit principalement du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; ce règlement peut être consulté sur le site WEB de l'Union européenne (EUR-Lex), à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

Etat ou d'un Etat tiers en Suisse, ce sont les règles du droit suisse, compte tenu le cas échéant de l'art. 1j, al. 2, OPP 2 qui s'appliquent (voir ch. 2.1 ci-dessus).

A noter que l'engagement d'une personne originellement soumise à la législation d'un Etat membre de l'UE/AELE en vue de l'assujettir en Suisse pour la détacher dans un autre Etat de l'UE/AELE n'est pas assimilé à un détachement : la personne doit être assurée dans l'Etat où elle exerce son activité (un accord particulier avec la France permet toutefois un détachement s'il s'agit d'une mobilité intragroupe).

2.3 La double activité salariée

Une personne qui exerce une activité en Suisse et dans un ou plusieurs Etats membres de l'UE/AELE est affiliée uniquement aux assurances sociales de l'Etat sur le territoire duquel elle réside. Cela signifie qu'une personne qui réside par exemple en Allemagne et qui travaille comme salariée en Allemagne et en Suisse ne sera pas soumise à la prévoyance professionnelle suisse.

3 Deux remarques

3.1 L'art. 5 LPP

L'art. 5 LPP reste applicable dans tous les cas, ce qui signifie que seules sont affiliées à la prévoyance professionnelle suisse les personnes qui sont assurées à l'AVS.

3.2 L'art. 109 du règlement (CEE) n° 574/72²⁷

Lorsqu'un travailleur est affilié à la sécurité sociale suisse mais que son employeur n'a pas d'établissement en Suisse, les deux peuvent convenir, en vertu de l'art. 109 du règlement 574/72, que le travailleur exécutera les obligations de l'employeur en ce qui concerne le versement des cotisations (voir Convention selon l'art. 109 du Règlement (CEE) n° 574/72 entre employé et employeur, sous http://www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/1283/1283_1_fr.pdf). Cette réglementation, qui n'a aucun caractère impératif, vise uniquement à une simplification d'ordre pratique et n'a aucune implication, s'agissant de la prévoyance professionnelle, sur le montant des cotisations et leur répartition entre employeur et employé.

734 Transmission de la prestation de sortie : nombre de comptes ou de polices de libre passage auprès de la même institution de libre passage (art. 12 OLP)

L'art. 12, al. 1, OLP dispose que la prestation de sortie peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage au maximum. Le groupe de travail « Prévoyance » de la Conférence suisse des impôts et l'OFAS partagent l'avis selon lequel le transfert de la prestation de sortie sur deux comptes ou polices différents auprès de la même institution de libre passage n'est pas admissible. Le texte clair de l'art. 12, al. 1, OLP parle en effet expressément de deux *institutions* de libre passage, et non pas de comptes ou de polices de libre passage.

Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53, ch. 315, l'OFAS avait par ailleurs déjà indiqué qu'une prestation de sortie déjà transférée auprès d'une institution de libre passage ne pouvait plus par la suite être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage. Le but de cette norme est d'éviter l'évasion fiscale (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30](#), commentaire relatif à l'art. 12 OLP).

²⁷ Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; ce règlement peut être consulté sur le site WEB de l'Union européenne (EUR-Lex), à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>

735 Versement anticipé pour le logement suivi d'un versement en espèces comme indépendant puis d'un rachat

(Art. 30d al. 3 let. a et c, 79b al. 3 LPP, 5 al. 1 let. b LFLP et 60d OPP 2)

Est-il possible d'effectuer un rachat sans devoir rembourser le montant du versement anticipé pour le logement obtenu après que l'assuré a bénéficié du versement en espèces de sa prestation de sortie lorsqu'il s'est établi à son compte et qu'il est, quelques années plus tard, à nouveau assuré au 2^e pilier en tant que salarié?

Prenons l'exemple suivant : un assuré a bénéficié d'un versement anticipé pour acquérir un logement. Quatre ans plus tard, il entreprend l'exercice d'une activité lucrative indépendante et exige à ce titre le versement en espèces de sa prestation de sortie (art. 5 al. 1 let. b LFLP). Conformément à l'art. 30e al. 3 let. c LPP, la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner fut radiée. Deux ans plus tard, cette personne reprend l'exercice d'une activité salariée et est à nouveau assurée auprès de cette même caisse. Après quatre ans, l'assuré désire maintenant effectuer un rachat.

Selon l'art. 79b al. 3, 2^e phrase, LPP, lorsque des versements anticipés ont été accordés pour l'encouragement à la propriété, des rachats facultatifs ne peuvent être effectués que lorsque ces versements anticipés ont été remboursés.

Cependant, les remboursements ne sont autorisés que jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse (art. 30d al. 3 let. a LPP) ; jusqu'à la survenance d'un autre cas de prévoyance (art. 30d al. 3 let. b LPP) ; jusqu'au paiement en espèces de la prestation de libre passage (art. 30d al. 3 let. c LPP). Selon l'art. 30e, al. 6, LPP, l'obligation et le droit de rembourser subsistent jusqu'à trois ans avant la naissance du droit à la rente de vieillesse, jusqu'à la survenance d'un autre cas de prévoyance ou jusqu'au paiement en espèces. La radiation de la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner au sens de l'al. 1 de l'art. 30e LPP peut être requise aux conditions prévues à l'al. 3 de la même disposition, soit trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, après la survenance d'un autre cas de prévoyance, en cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage ou lorsqu'il est établi que le montant investi dans la propriété du logement a été transféré selon l'art. 30d à l'institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution de libre passage.

Il résulte des dispositions précitées que le remboursement d'un versement anticipé ne peut plus être exigé préalablement au rachat lorsqu'un remboursement n'est plus possible (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 ch. 667 p. 26 dernier paragraphe](#)). Par conséquent, l'OFAS est d'avis qu'un rachat est possible en l'absence de remboursement lorsqu'il y a eu un versement en espèces en tant qu'indépendant (art. 5 al. 1 let. b LFLP) et qu'un remboursement du versement anticipé pour le logement n'est plus possible sur la base des art. 30d al. 3 let. c et 30e al. 6, LPP (cf. OFK-Vetter-Schreiber, BVG 79b N 14). Il faudrait toutefois réserver la clause générale de l'évasion fiscale si les différentes opérations se succédaient dans un intervalle très bref, ce qui n'est pas le cas ici.

La déduction du montant du versement anticipé prévue par l'art. 60d OPP 2 ne s'applique pas en cas de rachat lorsqu'il y a eu auparavant un versement en espèces pour démarrer une activité indépendante (art. 30d al. 3 let. c LPP), puisque l'art. 60d OPP 2 ne se réfère qu'à l'art. 30d al. 3 let. a LPP, lequel constitue une limite de rachat à l'égard des assurés proches de la retraite.

En définitive, un rachat est admissible dans la situation décrite ci-dessus.

736 Liquidation partielle : interprétation de l'art. 27h, al. 1, 3e phrase, OPP 2

Avant la révision de l'OPP 2 du 1^{er} juin 2009, les institutions de prévoyance n'étaient pas obligées, en cas de sortie collective, de céder une part des réserves et des provisions quand les prestations de sortie étaient transférées uniquement sous forme de liquidités ([ATF 131 II 525, consid. 6 ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 85, ch. 500](#)). La révision a modifié cet article : un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation s'ajoute désormais au droit de participation aux fonds libres, même quand les prestations de libre passage sont transférées en espèces (voir aussi le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 111, ch. 684](#)).

La révision n'a rien changé au principe selon lequel le droit aux provisions n'existe que si des risques actuariels sont également cédés.

En examinant les règlements de liquidation partielle afin de vérifier leur conformité à l'art. 27h OPP 2 révisé, il a été constaté que dans la pratique, la troisième phrase du premier alinéa était interprétée de deux manières différentes :

1. le transfert d'un risque actuariel dépend de la situation de la caisse de pension cédante. Pour la cession des provisions, le fait que l'institution de prévoyance reprenante en ait effectivement besoin ou pas n'est pas déterminant ;
2. le transfert d'un risque actuariel dépend de la situation de la caisse de pension reprenante. Si celle-ci n'a pas besoin des provisions, par exemple en raison d'une réassurance complète ou d'une autre structure de réserves, elles restent dans l'institution de prévoyance cédante.

Il faut retenir que seule la situation de l'institution de prévoyance cédante est déterminante pour l'évaluation des risques actuariels. L'art. 27h al. 1, 3e phrase, OPP 2 (« ...que si des risques actuariels sont également cédés ») signifie qu'il faut tenir compte des provisions constituées par la caisse cédante pour l'effectif sortant. Il n'est pas déterminant si celui-ci constitue aussi un risque actuariel pour l'institution de prévoyance reprenante, pour lequel elle doit constituer des provisions. Cette référence à l'ancienne institution de prévoyance entraîne la conséquence suivante : en cas de liquidation partielle, lorsque les prestations de sortie sont transférées sous forme de placements et lorsqu'aucun accord ne peut être trouvé, il incombe à la caisse cédante de déterminer quels actifs elle transfère. La caisse cédante n'a pas l'obligation de prendre en compte le portefeuille de la caisse reprenante.

Si l'on faisait dépendre le transfert des provisions de la situation de l'institution de prévoyance reprenante, ce serait contraire à la volonté clairement exprimée par le Parlement, qui est de mettre le principe d'égalité de traitement au cœur de la procédure en cas de liquidation partielle ou totale (art. 53d al. 1, LPP).

Jurisprudence

737 Interprétation de l'art. 20a, al. 1, LPP concernant la relation entre un orphelin selon l'art. 20 LPP et la compagne de l'assuré décédé désignée en qualité de bénéficiaire

(Référence à un arrêt du TF du 16 décembre 2009 en la cause B. contre 1. L. et 2. Fonds de prévoyance de la Banque X., 9C_488/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(art. 20 et 20a, al. 1, LPP)

Dans cette procédure devant le TF, le litige porte en particulier sur la question de savoir si la compagne L., désignée par l'assuré décédé comme bénéficiaire à 100% selon l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP, peut seule revendiquer le capital-décès du Fonds de prévoyance de la Banque X. (institution de prévoyance surobligatoire non enregistrée) ou si elle n'a droit qu'à la moitié du capital-décès aux

côtés du fils B. qui touche une rente d'orphelin de la Caisse de pensions de la Banque X. (institution de prévoyance obligatoire enregistrée, enveloppante) sur la base de l'art. 20 LPP.

Le point de départ de l'interprétation se situe dans la teneur de l'art. 20a, al. 1, LPP, selon lequel l'institution de prévoyance peut prévoir, dans son règlement, d'autres personnes bénéficiaires de prestations pour survivants « outre les ayants droits selon les art. 19 et 20 ». Cette formulation n'est pas claire : elle peut être comprise comme le pense le recourant, à savoir qu'il n'est admissible d'avantager les personnes nommées aux lettres a à c de l'art. 20a, al. 1, LPP que si le conjoint survivant et les orphelins le sont aussi. Mais elle peut aussi être comprise dans le sens donné par l'instance précédente et l'intimée 1, à savoir que la faveur accordée selon l'art. 20a LPP peut intervenir de manière illimitée à côté des prestations légales minimales prévues aux art. 19 et 20 LPP.

Le TF explique la réglementation concernant les bénéficiaires dans le domaine élargi de la prévoyance professionnelle avant l'entrée en vigueur de l'art. 20a LPP au 1er janvier 2005 et retient ensuite que le nouvel art. 20a LPP avait surtout pour but d'améliorer la prestation pour survivants provenant de la prévoyance professionnelle surobligatoire pour les couples non mariés et de tenir compte ainsi de l'évolution des mœurs. Globalement, l'art. 20a LPP correspond en grande partie à la situation juridique antérieure, sauf qu'il est devenu admissible d'avantager de manière élargie le partenaire non marié. Lors de ses débats, le Parlement ne s'est manifestement pas exprimé sur la relation entre les ayants droit selon les art. 19 et 20 LPP et les bénéficiaires selon l'art. 20a LPP. Il ressort donc que l'intention du législateur n'était pas d'apporter une réponse à la question ici posée.

En l'espèce, il en va de la relation entre concubine et orphelin, au sujet de laquelle le droit des 2e et 3e piliers accorde de toute façon une autonomie considérable aux institutions de prévoyance, respectivement aux assurés (voir également B 92/04). Les rapports plus problématiques entre le partenaire non marié et le conjoint, d'une part, et des enfants adultes selon l'art. 20a, al. 1, let. b, LPP et des orphelins selon l'art. 20 LPP, d'autre part, n'ont pas besoin d'être examinés ici.

Globalement, on ne peut tirer de l'art. 20a LPP une restriction de l'autonomie de base dont jouit l'institution de prévoyance dans le sens qu'il serait inadmissible, dans le domaine de la prévoyance élargie, de mieux positionner la concubine bénéficiaire selon l'art. 20a, al. 1, let. a, LPP que les orphelins selon l'art. 20 LPP. Le recourant ne conteste pas qu'il touche les prestations légales minimales. Le fait qu'il ne les reçoive pas du Fonds de prévoyance, mais de la Caisse de pensions, juridiquement distincte, ne peut jouer aucun rôle, car les deux liens de prévoyance avaient trouvé leur fondement dans le cadre des mêmes et uniques rapports de travail de son père.

738 Obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP

(Référence à un arrêt du TF du 6 janvier 2010 en la cause Caisse de pensions Z. contre T., 9C_848/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 26, al. 4, LPP)

Dans cette procédure portant sur l'obligation de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP, le TF commence par examiner pour des motifs formels si la décision de l'instance précédente, attaquée par voie de recours est une décision finale ou partielle au sens des art. 90 s. LTF, ou une décision préjudicielle ou incidente notifiée séparément, qui ne peut être attaquée qu'aux conditions posées par les art. 92 ou 93 LTF. Les décisions préjudicielles et incidentes ne mettent pas fin à la procédure (contrairement aux décisions finales), mais tranchent seulement une question de droit formel ou matériel dans l'optique d'une liquidation de la procédure, c'est-à-dire qu'elles représentent une étape sur la voie de la décision finale. Le TF retient que, dans le jugement attaqué, l'instance précédente s'est prononcée exclusivement sur l'obligation de la recourante de verser la prestation préalable alors que la procédure principale, dans laquelle il sera statué définitivement sur l'obligation

de la recourante de fournir des prestations, est encore pendante devant l'instance précédente. La décision sur l'obligation d'un assureur de verser la prestation préalable selon l'art. 26, al. 4, LPP ne règle certes pas encore définitivement son obligation de fournir des prestations ; toutefois, le point décisif pour juger si la décision attaquée est soit une décision finale soit une décision incidente/préjudicielle réside dans le fait que le prononcé de l'obligation de verser la prestation préalable n'est pas forcément lié à la procédure relative à l'obligation définitive de fournir des prestations et ne disparaît pas non plus avec cette procédure : si l'obligation de verser la prestation préalable a été reconnue mais qu'ensuite, l'obligation définitive de fournir des prestations est niée, l'obligation de verser la prestation préalable ne disparaît pas encore mais subsiste jusqu'à connaissance de l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation (art. 26, al. 4, 2^e phrase, LPP). Si un recours correspondant ne peut pas être exercé pour un quelconque motif, la prestation préalable devient de facto une prestation définitive. La décision portant sur l'injonction de verser la prestation préalable doit dès lors être qualifiée de décision finale (art. 90 LTF).

Le TF examine ensuite si la décision attaquée est une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Dans un recours formé contre une telle décision, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels ; dans ces cas, il existe un devoir qualifié de soulever des griefs (art. 106, al. 2, LTF). Même une décision finale peut être une décision portant sur des mesures provisionnelles. Comme l'obligation de verser la prestation préalable suppose l'existence d'un droit à des prestations avec comme seule incertitude l'identité de l'assureur qui doit les fournir, il faut examiner matériellement s'il existe un droit aux prestations dans le cadre de la décision concernant l'obligation de verser la prestation préalable ; cette décision n'est donc pas une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Le pouvoir de cognition du TF est ainsi réglé par l'art. 95 LTF, c'est-à-dire que le TF examine librement si la décision attaquée est contraire ou non au droit fédéral.

Dans la mesure où le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107, al. 1, LTF) et où la recourante s'est bornée à invoquer qu'en contrepartie de sa prestation préalable, l'intimé devrait être astreint à introduire une procédure contre la caisse de pensions de l'employeur précédent, seule cette question doit être examinée.

Dans la doctrine, on trouve diverses opinions sur la possibilité, pour l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable, d'exercer son recours contre l'institution de prévoyance définitivement tenue de verser la prestation. Ni la teneur de l'art. 26, al. 4, LPP ni les travaux préparatoires relatifs à cette disposition légale ne donnent une solution claire sur ce point. L'expression « Rückgriff », respectivement « regresso » que l'on trouve dans les versions allemande et italienne du texte légal désigne communément, dans la terminologie juridique, une situation où quelqu'un qui a effectué un versement à un ayant droit à la place d'un tiers tenu de le faire peut agir contre ce tiers pour être indemnisée. Cette « répercussion » peut être aménagée en tant que subrogation, respectivement cession légale, mais aussi en tant que droit originaire de son bénéficiaire. Lorsque le droit des assurances sociales prévoit un recours, il fait souvent allusion à une subrogation ; mais, même lorsque tel n'est pas le cas, le titulaire du droit de recours a une créance directe en compensation contre le tiers alors que le créancier initial n'a plus aucun droit contre ce tiers, dans la mesure où il a été désintéressé. Il n'y a aucun motif de penser que la notion de « Rückgriff », respectivement « regresso » de l'art. 26, al. 4, LPP devrait avoir une autre signification que partout ailleurs dans l'ordre juridique. La version française (« Lorsque l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation est connue, l'institution tenue de verser la prestation préalable peut répercuter la prétention sur elle ») renonce certes au terme technique « recours », mais souligne également qu'il appartient à l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable d'agir contre l'autre. La même solution découle également de la ratio legis de cette disposition, à savoir qu'il s'agit d'améliorer la position de l'assuré se trouvant face à plusieurs institutions de prévoyance en ne sachant pas bien laquelle est tenue de verser la prestation. Il est conforme à ce but que l'assuré ne doive s'en tenir qu'à

l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable et qu'il puisse lui laisser le soin de se retourner ensuite contre d'autres institutions potentiellement tenues de verser la prestation. Le danger de jugements contradictoires, tel qu'il peut se présenter en cas de fors différents (art. 73, al. 3, LPP), peut être évité si, dans la procédure contre l'une des institutions de prévoyance, le litige est dénoncé aux autres institutions potentiellement tenues de verser la prestation, ce qui entraîne l'extension des effets du jugement également à leur égard.

En résumé, l'institution de prévoyance qui a versé des prestations préalables peut, dans la mesure correspondante, exercer directement et de plein droit un recours contre l'institution de prévoyance tenue de verser les prestations définitives. Le recours doit dès lors être rejeté.

739 Changement de jurisprudence concernant le délai de prescription des cotisations selon l'art. 41 LPP et la compétence pour juger des prétentions en réparation consécutives à une violation du contrat d'affiliation

(Référence à un arrêt du TF du 25 janvier 2010 en la cause Fondation collective LPP de Swiss Life contre L., 9C_173/2009, publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 41, al. 2, et 73 LPP)

En janvier 2008, la fondation collective a ouvert action en paiement contre L., propriétaire d'une plâtrerie, devant le tribunal cantonal des assurances pour les cotisations de l'employeur et du salarié concernant un salarié soumis à l'assurance et correspondant à la période de 1985 à 1995, plus intérêts moratoires. Après le rejet de son action par le tribunal cantonal pour cause de prescription de la créance invoquée, elle a interjeté un recours en matière de droit public en concluant à l'annulation de la décision cantonale et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour jugement quant au fond.

Saisi de ce recours, le TF retient que le salarié P. a été admis rétroactivement, en 2001, dans l'assurance de prévoyance professionnelle de la recourante pour la période de cotisations allant d'août 1985 à août 1995 (date de la fin du contrat de travail), sur quoi la fondation collective a versé à P. l'avoir de prévoyance correspondant, a facturé à l'ancien employeur L. le solde du compte de paiement des primes et a ensuite engagé une poursuite pour cette créance. Le point litigieux à examiner dans la procédure devant le TF est de savoir si c'est à juste titre que le tribunal cantonal a considéré que la créance invoquée après coup par voie d'action pour des cotisations était prescrite.

Comme la loi ne connaît une règle d'échéance que depuis la 1^{re} révision de la LPP (art. 66, al. 4, LPP), la réglementation de l'échéance est en l'espèce celle prévue par la disposition réglementaire de la recourante applicable ici, selon laquelle les cotisations sont échues à l'avance au début de chaque année d'assurance en un seul et même montant. La question qui doit être tranchée est celle de la prescription en lien avec les prétentions en paiement des cotisations qui sont prélevées rétroactivement pour une période pendant laquelle l'institution de prévoyance n'avait manifestement aucune connaissance du rapport individuel d'assurance. Il s'agit d'abord de se demander si le début de l'exigibilité, qui va de pair avec le début du délai de prescription, intervient déjà immédiatement au début de chaque année d'assurance (selon la disposition réglementaire), respectivement selon la norme de l'art. 66, al. 4, LPP, ou si la l'exigibilité ne peut prendre naissance qu'au moment de la formation effective du rapport individuel d'assurance (à l'admission ultérieure de P. dans la prévoyance professionnelle). Selon la jurisprudence du TFA puis, dès 2007, du TF, le début du délai de prescription selon l'art. 41, al. 2, LPP (ancien art. 41, al. 1, LPP) correspondait à la création du rapport juridique, indépendamment même du fait qu'il s'agisse de l'affiliation d'un employeur à l'institution de prévoyance (avec effet collectif en ce qui concerne les salariés) ou de la formation d'un rapport individuel d'assurance entre l'institution de prévoyance et le salarié individuel. Le TF décide, en changeant sa jurisprudence, que, désormais, si le rapport d'affiliation existe, le délai de prescription

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°117

des cotisations ne commence pas à courir seulement au moment de la conclusion ultérieure d'un contrat de prévoyance pour un salarié déterminé, mais dès l'échéance des primes correspondant à la prestation en travail soumise à cotisations (la date de l'échéance se déterminant soit selon la disposition réglementaire soit selon l'art. 66, al. 4, LPP).

Dans ce contexte juridique, le TF examine ensuite si l'ignorance (restant encore à constater définitivement) de l'institution de prévoyance et une éventuelle violation de l'obligation de déclarer de l'employeur (art. 10 OPP 2) ont une incidence sur l'échéance de la dette de cotisations. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire relatives à l'art. 130, al. 1, CO, une créance devient exigible sans qu'il faille se demander si le créancier a ou peut avoir connaissance de cette créance et de son exigibilité. Le TF en arrive alors à la conclusion que, si le débiteur devait répondre de l'ignorance provisoire de la créancière, la survenance de l'exigibilité dépend exceptionnellement de la connaissance que cette dernière a des fondements de sa créance. Comme le moment où toutes les données nécessaires au calcul de la créance en cotisations sont réunies dépend également de la diligence de l'institution de prévoyance, ce n'est pas sa connaissance effective mais déjà la connaissance que l'on peut lui imputer normativement – que l'on peut raisonnablement attendre de sa part – qui déclenche le départ du délai. Cette exception au principe selon lequel la créance encore inconnue du créancier peut également devenir exigible ne se justifie toutefois qu'en cas de violation qualifiée de l'obligation de déclarer par l'employeur dans le sens d'une omission inexcusable, mais pas si l'employeur a simplement négligé son obligation de s'affilier.

En cas de comportement reprochable du débiteur, l'échéance de la créance périodique individuelle de cotisations est reportée sans limites dans le temps jusqu'au moment où l'on peut raisonnablement considérer que la créancière des cotisations aurait dû en avoir pris connaissance. Comme une possibilité rétroactivement non limitée de recouvrer la créance originaire en cotisations – contrairement, à titre comparatif, aux prétentions secondaires découlant d'une violation du contrat, qui se prescrivent par dix ans à compter de la violation de l'obligation – ne serait pas conciliable avec le système de la prescription dans son ensemble, le délai de prescription relatif de cinq ans à compter de la prise de connaissance raisonnablement supputée (art. 41, al. 2, LPP) doit être complété, dans le sens du comblement d'une lacune, par un délai absolu : la créance individuelle de cotisations se prescrit en tous les cas par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle) y compris si l'on admet une violation qualifiée de l'obligation de déclarer et si l'institution de prévoyance a ignoré durablement sans faute de sa part les faits justifiant le prélèvement de cotisations.

Le tribunal cantonal, auquel la cause est renvoyée, devra établir s'il y a eu une violation qualifiée de l'obligation de déclarer de L. en ce qui concerne le fait de ne pas avoir annoncé P. à la fondation collective et le moment à partir duquel il faut raisonnablement admettre que l'institution de prévoyance aurait dû connaître l'obligation d'assurance de P. Selon le résultat de ces mesures d'instruction, la créance s'avérera prescrite ou (partiellement) non prescrite.

Si les créances originaires de cotisations sont prescrites, il faut se demander, à titre subsidiaire, si les conditions de prétentions secondaires en dommages-intérêts découlant d'une violation du contrat sont remplies (point besoin, pour l'admettre, d'une violation qualifiée de l'obligation de déclarer, mais une négligence légère suffit). Selon la jurisprudence rendue jusqu'ici, il incombait à la justice civile de se prononcer sur les créances en réparation découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat d'affiliation. Comme la situation juridique s'est entre-temps modifiée, un changement de jurisprudence se justifie sur ce point : dès lors, lorsqu'un droit à des dommages-intérêts résultant d'une violation des obligations stipulées dans le contrat d'affiliation, dont la nature relève spécifiquement du droit de la prévoyance professionnelle, est en cause, c'est désormais, en raison de ce lien direct de fait, le tribunal de la prévoyance professionnelle prévu à l'art. 73 LPP qui est matériellement compétent.

740 Compensation du droit à une retraite anticipée avec la créance en réparation du dommage basée sur l'art. 52 LPP

(Référence à un arrêt du TF du 16 décembre 2009, cause 9C_697/2008 ; en français)

(Art. 39 et 52 LPP, art. 120 s. CO)

Le TF rappelle tout d'abord que la compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux art. 120 s. CO, qui trouve application en droit administratif. En droit des assurances sociales plus particulièrement, le principe est reconnu, même dans les branches qui ne le prévoient pas expressément; du reste, la plupart des lois d'assurances sociales connaissent une réglementation spécifique. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la question particulière de la compensation de créances est réglée de manière spécifique à l'art. 39 al. 2 LPP. Selon cette disposition légale, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. Cette interdiction quasi générale de compenser des expectatives de prévoyance professionnelle ne vaut pas lorsque les prestations sont exigibles ([ATF 132 V 127](#) consid. 6.1.1 et 6.1.2 p. 135 s.). L'art. 39 al. 2 LPP cependant ne règle pas la question de la compensation des créances propres à l'institution de prévoyance avec celles de la personne assurée. Dans ce cas, les dispositions du code des obligations qui en fixent les conditions sont applicables par analogie (art. 120 s.). Toutefois, en raison de la nature des créances en cause et compte tenu de l'art. 125 ch. 2 CO, une créance d'une institution de sécurité sociale ne peut être compensée avec une prestation due à un assuré, si de ce fait les ressources de celui-ci descendent au-dessous du minimum vital ([ATF 128 V 50](#) consid. 4a p. 53).

En l'espèce, l'institution de prévoyance intimée a opposé au recourant (assuré et organe de l'institution de prévoyance) sa créance en réparation du dommage de l'art. 52 LPP en compensation au droit du recourant à une rente mensuelle de retraite anticipée. Le TF a confirmé cette créance en réparation admise par la juridiction cantonale. Le TF a retenu un comportement illicite de la part du recourant, dont la déloyauté par une opération de rachat de droit d'option effectuée à l'insu de l'institution de prévoyance et la tromperie l'ayant amenée à verser une somme non due sur un compte de transit dont il était seul à savoir qu'il lui appartenait en réalité, ont causé un dommage à l'intimée.

Selon le TF, la compensation par l'institution de prévoyance du droit exigible d'un organe à une rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle avec une créance en réparation du dommage de l'art. 52 LPP existant à son encontre est admissible, sous réserve d'une atteinte au minimum vital (cf. arrêt B 99/05 du 12 juin 2006, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 94 ch. 554](#)). Or, lors du jugement attaqué du 1^{er} juillet 2008, le droit du recourant à une rente mensuelle de retraite anticipée était exigible depuis le 1^{er} avril 2004 et la créance de l'intimée en réparation du dommage de l'art. 52 LPP existant à l'encontre du recourant était également exigible. Ainsi, la compensation opérée par l'intimée était admissible, dès lors qu'il est établi que la limite du minimum vital n'était alors pas atteinte.