



15 septembre 2011

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

Indications

- 797 Abaissement du seuil d'accès au 2^{ème} pilier: une seconde étude en tire un bilan positif
- 798 Modification de la loi sur les banques: garantie des dépôts

Prises de position

- 799 Travailleurs âgés : questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011
- 800 Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public: questions-réponses
- 801 Transfert de propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance; quid de l'obligation de rembourser?

Jurisprudence

- 802 Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce
- 803 Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français
- 804 Institution supplétive LPP, pas d'intérêt moratoire sur le montant versé après coup au titre de rentes d'invalidité

Erratum

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122 ch. 789: référence du jugement

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

797 Abaissement du seuil d'accès au 2^{ème} pilier: une seconde étude en tire un bilan positif

Lors de la 1^{ère} révision de la loi sur la prévoyance professionnelle (LPP) en 2005, le seuil d'accès au 2^{ème} pilier a été abaissé afin d'améliorer la prévoyance des personnes à bas revenus, notamment les travailleurs à temps partiel. Les effets de cette mesure avaient déjà fait l'objet d'une première étude, d'ordre quantitatif, mandatée par l'Office fédéral des assurances sociales et publiée l'an passé (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 121](#), n. 773).

Les effets de cette mesure ont désormais fait l'objet d'une seconde étude, sondant le comportement des salariés et des employeurs. Il en ressort en substance que tant les employeurs que les salariés interrogés émettent un avis globalement positif sur l'abaissement du seuil d'accès. Aucun comportement indésirable n'a été systématiquement observé du côté des employeurs tandis que, du côté des nouveaux assurés, pratiquement personne n'a cherché à échapper à une affiliation obligatoire. L'étude montre par contre des lacunes importantes sur le niveau de connaissances du 2^{ème} pilier, du côté des salariés surtout. Ce manque devrait en partie être comblé avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier prochain, de l'art. 51a, al. 2, let. h, LPP (réforme structurelle), selon lequel l'organe suprême de toute institution de prévoyance sera désormais expressément tenu de garantir l'information de ses assurés.

Lien internet pour le communiqué de presse:

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=40133>

Voir aussi l'article paru dans la [CHSS 04/2011](#), p. 212, portant sur les 2 volets de ce programme de recherche.

798 Modification de la loi sur les banques: garantie des dépôts

Le 24 août 2011, le Conseil fédéral a mis en vigueur les modifications du 18 mars 2011 de la loi sur les banques avec les nouvelles dispositions sur la garantie des dépôts: voir le Recueil officiel (RO) 2011 pp. 3919: <http://www.admin.ch/ch/f/as/2011/3919.pdf>.

Les dispositions actuelles sur le renforcement de la protection des déposants (en vigueur dès le 20 décembre 2008) étaient limitées dans le temps (voir [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 110 ch. 675](#)

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

Art. 37a et 37b de la loi sur les banques : privilège à concurrence de 100'000 francs pour chaque déposant en cas de faillite.

Le texte de ces nouvelles dispositions est le suivant :

**Loi fédérale
sur les banques et les caisses d'épargne**

(Loi sur les banques, LB)
(Garantie des dépôts)

Modification du 18 mars 2011

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 12 mai 2010¹,
arrête:*

I

La loi du 8 novembre 1934 sur les banques² est modifiée comme suit:

Art. 37a Dépôts privilégiés

¹ Les dépôts libellés au nom du déposant, 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, LP³.

² Le Conseil fédéral peut adapter le montant maximal fixé à l'al. 1 à la dévaluation de la monnaie.

³ Les dépôts auprès d'entreprises qui exercent des activités de banque sans avoir reçu d'autorisation de la part de la FINMA ne jouissent d'aucun privilège.

⁴ Une créance n'est privilégiée qu'une fois, même si elle a plusieurs titulaires.

⁵ 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 invalidité⁴ 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 passage⁵ sont considérées comme étant celles 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.

⁶ Les banques doivent disposer en permanence de créances couvertes en Suisse, ou d'autres actifs situés en Suisse, à hauteur de 125 % de leurs dépôts privilégiés. La FINMA peut relever ce taux; si les circonstances le justifient, elle peut accorder des exceptions en particulier aux établissements qui disposent, de par la structure de leurs activités, d'une couverture équivalente.

Art. 37b Remboursement immédiat

¹ Les dépôts privilégiés visés à l'art. 37a, al. 1, sont remboursés immédiatement, hors de la collocation, à partir des actifs liquides disponibles, toute compensation étant exclue.

² La FINMA fixe dans chaque cas le montant maximal des dépôts immédiatement remboursables. Elle tient compte de l'ordre des autres créanciers conformément à l'art. 219 LP⁶.

Conseil des Etats, 18 mars 2011

Le président: Hansheiri Inderkum

Le secrétaire: Philippe Schwab

Conseil national, 18 mars 2011

Le président: Jean-René Germanier

Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

1 Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 7 juillet 2011 sans avoir été utilisé⁷.

2 La présente loi entre en vigueur le 1^{er} septembre 2011.

24 août 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

¹ FF 2010 3645

² RS 952.0

³ RS 281.1

⁴ RS 831.40

⁵ RS 831.42

⁶ RS 281.1

⁷ FF 2011 2565

Prises de position

799 Travailleurs âgés: questions-réponses en relation avec les nouveaux art. 33a et 33b LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011

1. Comment est traitée une augmentation de salaire en cas de maintien de la prévoyance selon l'art. 33a LPP?

Le cas visé est le suivant : dans un premier temps, une personne assurée réduit son activité professionnelle de sorte que son salaire effectif annuel passe de 100'000 à 50'000 francs par exemple. La personne opte alors pour le maintien de la prévoyance avec un salaire assuré de 100'000 francs selon l'art. 33a LPP (repris par le règlement de l'institution de prévoyance). Dans un second temps, le salaire effectif annuel augmente à 51'000 francs. Dans ce cas-là, le salaire assuré doit rester le même que précédemment, c'est-à-dire 100'000 francs, et non pas 101'000 francs. L'art. 33a LPP admet seulement le maintien du dernier salaire assuré juste avant la diminution de salaire. Il exclut donc une augmentation ultérieure du salaire assuré.

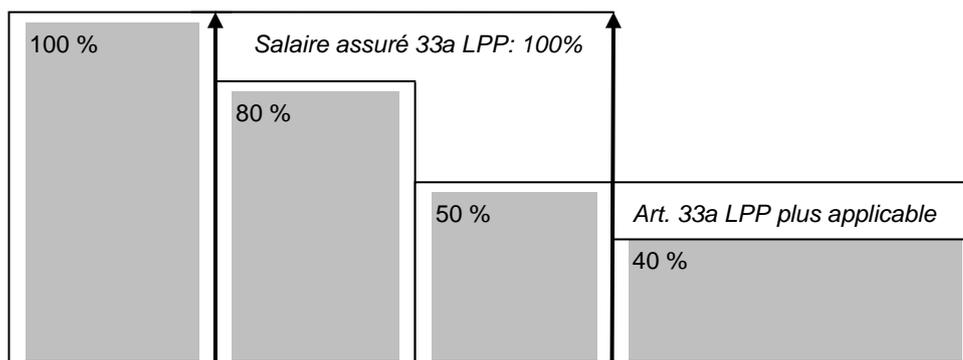
2. Quel est le montant admissible du rachat en cas de maintien de la prévoyance selon l'art. 33a LPP?

Le calcul du rachat se base sur le salaire assuré. Du moment que l'art. 33a LPP autorise le maintien du salaire assuré à un niveau plus élevé que le salaire effectif en cas de diminution de l'activité professionnelle, le rachat doit continuer d'être calculé sur la base du même salaire assuré que précédemment. Dans l'exemple ci-dessus, où la personne a maintenu son salaire assuré à 100'000 francs alors que son salaire effectif a baissé à 50'000 francs, le rachat admissible sera donc basé sur le montant de 100'000 francs et non pas 50'000 francs (sous réserve des dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance en matière de rachat : cf. art. 79b al. 1 LPP). Concernant le rachat en relation avec l'art. 33b LPP, voir le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 121 ch. 775 p. 3 question 1](#). Au sujet de la jurisprudence sur le traitement fiscal des rachats, voir p. 9 ch. 776 de ce même bulletin.

3. Comment appliquer l'art. 33a LPP en cas de diminutions successives du salaire entre 58 ans et l'âge ordinaire de la retraite?

Par exemple, une personne a tout d'abord un salaire de 200'000 francs par année jusqu'à fin 2011 (activité à 100 %). En 2012, elle diminue son activité à 80 % et son salaire baisse à 160'000 francs. A partir de 2014, elle réduit encore son activité à 50 % et son salaire diminue dès lors à 100'000 francs jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite.

Dans cet exemple, la personne peut maintenir son salaire assuré à 200'000 francs jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite tant qu'elle continue de travailler à 50 %. Par contre, si elle réduisait encore son activité à 40 % (salaire de 80'000 francs), l'art. 33a ne serait dès lors plus applicable, car la diminution de salaire serait alors supérieure à 50 % par rapport au salaire initial de 200'000 francs avec une activité à 100 %.

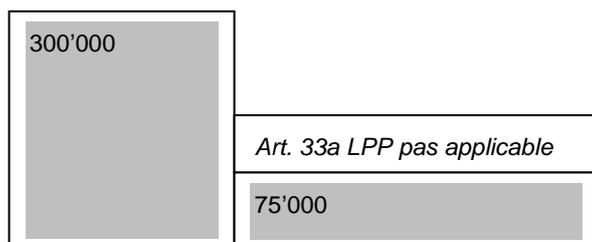


Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

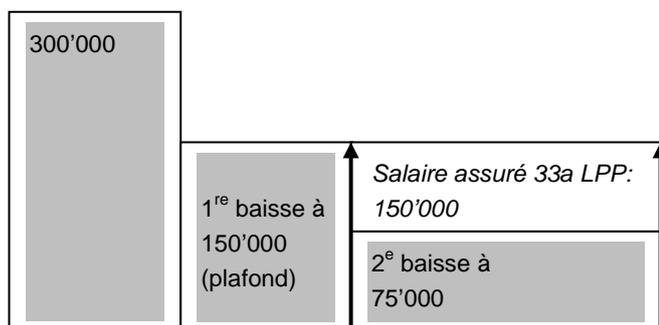
4. Comment appliquer l'art. 33a LPP lorsque le salaire assuré maximal selon le règlement de l'institution de prévoyance est inférieur au salaire effectif (plafond réglementaire du salaire assuré)?

D'après l'art. 33a, al. 1 LPP, le salaire effectif (soumis à l'AVS) ne peut pas diminuer de plus de 50 %. Le fait que le **règlement** de l'institution de prévoyance fixe un **plafond** pour le salaire assuré ne permet pas de déroger à ce principe. Par contre, il faut examiner si la diminution du salaire effectif se fait en une seule fois ou au contraire par étapes.

Dans un premier exemple, le salaire effectif de la personne passe, en une seule fois, de 300'000 à 75'000 francs, alors que le *règlement* plafonne le salaire assuré à 150'000 francs : l'art. 33a LPP n'est alors pas applicable, car la diminution du salaire effectif dépasse 50 %.



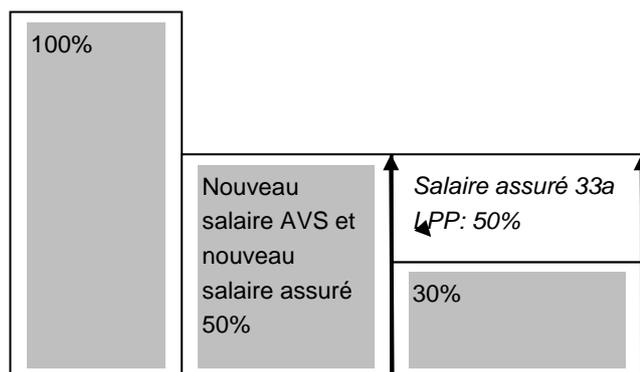
Dans un second exemple, une personne a d'abord un salaire effectif de 300'000 francs tandis que le plafond réglementaire du salaire assuré est de 150'000 francs ; dans une première étape, le salaire effectif diminue *ensuite* à 150'000 francs, puis, après un certain temps, baisse encore à 75'000 francs dans une seconde étape. Dans ce cas-là, l'art. 33a LPP est applicable à partir de la 2^e baisse à 75'000 francs (avec un maintien du salaire assuré à 150'000 francs).



Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

5. Que se passe-t-il lorsqu'il y a déjà eu une première diminution du salaire sans application de l'art. 33a LPP et qu'il y a ensuite une seconde diminution?

Si le salaire soumis à l'AVS et le salaire assuré ont diminué lors d'une première réduction de l'activité et qu'il n'y a alors pas eu maintien de la prévoyance selon l'art. 33a LPP, il est alors possible d'appliquer l'art. 33a LPP lors d'une seconde diminution de salaire. Par exemple, une personne travaille à 100 % avec un salaire de 100'000 francs (dans cet exemple, il n'y a pas de plafond du salaire assuré) ; elle réduit ensuite son activité à 50 % sans appliquer l'art. 33a LPP, de sorte que son nouveau salaire AVS et son nouveau salaire assuré s'élèvent à 50'000 francs. Si ultérieurement, elle réduit encore son activité à 30 % (avec un salaire effectif soumis à l'AVS de 30'000 francs), elle pourra alors maintenir son salaire assuré à 50'000 francs sur la base de l'art. 33a LPP.



6. Est-il admissible d'exclure l'assurance pour les risques invalidité et décès en cas d'application de l'art. 33a LPP?

Selon le texte de l'art. 33a LPP, il ne s'agit pas seulement du maintien de la prévoyance professionnelle vieillesse mais du « maintien de la prévoyance » en général, c'est-à-dire non seulement l'épargne vieillesse mais également l'assurance pour les risques invalidité et décès (comme l'indiquent expressément le titre de la LPP ainsi que l'art. 7 al. 1 LPP). Lorsque la LPP autorise le maintien de la prévoyance pour la seule épargne vieillesse, elle le précise expressément (cf. art. 47 al. 1 LPP). Si l'invalidité ou le décès survient avant l'âge ordinaire de la retraite, il y a encore un droit à des prestations d'invalidité ou de survivants.

Il n'est donc pas possible de maintenir le gain assuré selon l'art. 33a LPP seulement pour l'épargne-vieillesse et d'appliquer un nouveau gain assuré réduit pour les risques invalidité et décès. Une telle dissociation serait contraire au principe d'assurance (art. 1 al. 3 LPP et art. 1h OPP 2).

Par contre, l'art. 33a LPP n'oblige pas l'assuré à maintenir la prévoyance pour la totalité du dernier gain assuré : par exemple, si le salaire passe de 150'000 à 100'000 francs, l'assuré pourra maintenir sa prévoyance à 120'000 francs (au lieu de 150'000) mais cela pour les trois éventualités vieillesse, invalidité et décès.

Au sujet de l'art. 33b LPP, voir le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 121 ch. 775 p. 4 question 4](#).

7. L'art. 33b LPP est-il applicable en cas d'entrée dans une nouvelle caisse de pensions après l'âge ordinaire de la retraite?

Non, car l'art. 33b LPP font mention d'un « **maintien** de la prévoyance » en cas d' « activité lucrative **après** l'âge ordinaire de la retraite ». La condition préalable à l'application de l'art. 33b LPP est donc que la personne soit déjà assurée dans l'institution de prévoyance *avant* l'âge ordinaire de la retraite. Une personne qui entre dans une nouvelle caisse de pensions après 64(femmes)/65 ans (hommes) ne peut donc pas se prévaloir de l'art. 33b LPP pour bénéficier des mêmes conditions que les

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

personnes déjà affiliées dans la caisse avant l'âge ordinaire de la retraite (cf. [arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2011, cause 2C.189/2010, en particulier considérant 2.4](#)).

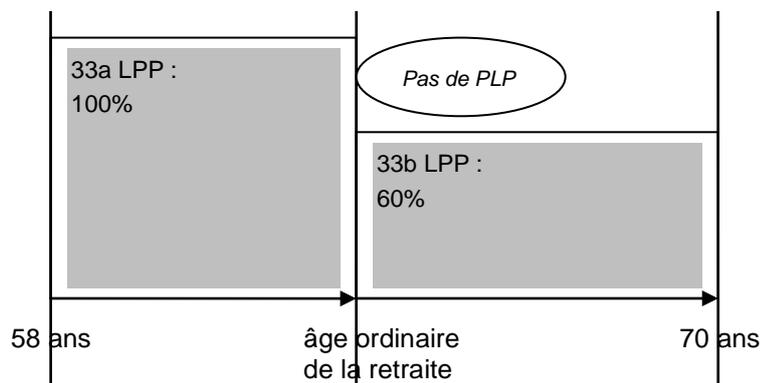
8. *Une modification du plan est-elle applicable aux personnes qui maintiennent leur prévoyance selon l'art. 33b LPP?*

L'art. 33b LPP n'empêche pas l'institution de prévoyance de modifier collectivement le plan de prévoyance pour la dernière classe d'âge et de l'appliquer aussi aux personnes qui maintiennent leur prévoyance professionnelle au-delà de 64(femmes)/65 ans (hommes) jusqu'à la cessation de leur activité lucrative. Par exemple, si le taux de cotisations est modifié pour la classe d'âge 55-65 ans, l'institution de prévoyance peut aussi appliquer cette modification aux personnes qui continuent de travailler et de cotiser au-delà de 65 ans. Les personnes qui maintiennent leur prévoyance selon l'art. 33b LPP sont ainsi traitées de la même manière que les assurés âgés de 55 à 65 ans.

9. *Est-il admissible d'appliquer successivement l'art. 33a LPP puis l'art. 33b LPP?*

Et il y a-t-il un cas de libre passage?

Par exemple, une personne réduit, à 58 ans, son taux d'activité de 100 % à 60 %. Elle demande de poursuivre sa prévoyance professionnelle car elle va continuer son activité à 60 % au-delà de 64/65 ans. Dans cet exemple, la personne peut, dans un premier temps, maintenir son salaire assuré à 100 % jusqu'à l'âge de 64/65 ans, conformément à l'art. 33a LPP. Dans un second temps, à partir de 64/65 ans, elle pourra continuer sa prévoyance selon l'art. 33b LPP sur la base d'un salaire assuré de 60 % (et non pas 100 %), y compris pour les rachats. **Si une personne a déjà pris une retraite partielle, elle ne pourra continuer sa prévoyance que sur la part active, c.-à-d. en relation avec l'activité professionnelle réduite** ; dans ce même exemple, il s'agira donc du salaire assuré de 60 % (au sujet de la retraite anticipée partielle et de l'art. 33a LPP, voir le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 121 ch. 775 p. 5 question 7](#)). Les deux mesures prévues par les art. 33a et 33b LPP lui permettront d'augmenter le montant de son avoir de prévoyance et donc de sa prestation de vieillesse lorsqu'elle cessera complètement son activité professionnelle (à l'âge de 70 ans au plus tard). **En cas d'application successive des art. 33a et 33b LPP, ces articles ne confèrent pas à la personne assurée qui atteint l'âge ordinaire de la retraite un droit à une prestation de libre passage (PLP)**, car elle reste assurée dans la même institution de prévoyance et qu'elle continue de travailler pour le même employeur au-delà de cette même limite d'âge. Par contre, lorsqu'elle cessera complètement de travailler, elle bénéficiera d'une prestation de vieillesse augmentée grâce aux art. 33a et 33b LPP.



10. *L'employeur peut-il demander le maintien de la prévoyance selon l'art. 33b LPP (à la place de l'employé)?*

Non. Selon le texte clair de l'art. 33b LPP, c'est l'assuré lui-même qui doit prendre l'initiative de faire une telle demande. Si la possibilité de maintenir la prévoyance selon l'art. 33b LPP est effectivement

prévue par le règlement de l'institution de prévoyance, l'employeur ne peut pas s'opposer à une telle demande de l'employé.

800 Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public: questions-réponses

1. Qu'entend-on par mécanisme du « cliquet » ?

Chaque institution de prévoyance en capitalisation partielle doit veiller au maintien de ses taux de couverture *au moins à leur valeur initiale* (art. 72a, al. 1, let. b, LPP), ainsi qu'à *leur valeur acquise* (art. 72a, al. 2, 2^e phrase, LPP). En conséquence, les taux de couverture ne peuvent que monter, et non descendre, ce qui fait que l'on a souvent parlé à ce propos de mécanisme du « cliquet » ou de la « crémaillère », par analogie avec le mécanisme dont disposent les trains de montagne pour gravir les sommets.

Il incombe à l'autorité de surveillance de veiller à ce que le plan de financement intègre ce mécanisme. Concrètement, l'institution de prévoyance doit élaborer un plan qui prévoit pour le moins le maintien des taux de couverture acquis. Etant donné que l'on traite de projections pour le futur, il ne peut pas s'agir là d'offrir une garantie ferme, mais de rendre vraisemblable l'accomplissement dans une vision à terme. Si, par la suite, on constate des écarts négatifs entre la réalité et les projections, l'institution de prévoyance doit veiller à retrouver le chemin initialement prévu.

2. Quelle est la relation entre le mécanisme du « cliquet » et l'objectif de recapitalisation à 80 % ?

Les institutions de prévoyance en capitalisation partielle qui n'atteignent pas un taux de couverture pour l'ensemble des engagements d'au moins 80 % doivent se recapitaliser en conséquence dans un délai de 40 ans au plus (dispositions transitoires, let. c, al. 1, LPP). Cette prescription et le mécanisme du « cliquet » vu ci-avant sont deux conditions financières *indépendantes*. En particulier, le fait que le niveau de 80 % soit atteint ou dépassé ne dispense pas l'institution de prévoyance de respecter le mécanisme du « cliquet », tant qu'elle n'est pas passée en capitalisation complète.

3. Comment mesure-t-on un taux de couverture ?

Bien que la situation ne soit pas comparable à celles des institutions de prévoyance en capitalisation complète, les institutions en capitalisation partielle sont néanmoins considérées en découvert au sens de l'art. 44, al. 1, OPP 2. Partant, le taux de couverture pour l'ensemble des engagements se calcule conformément à l'annexe à cette disposition. Celui pour les engagements envers les assurés actifs se calcule de manière analogue.

Dans ces calculs, une réserve de cotisations d'employeur (RCE) incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation, les réserves de fluctuations de valeur et les réserves de fluctuations dans la répartition ne doivent pas être déduites de la fortune de prévoyance disponible. En conséquence, l'objectif de recapitalisation à 80 % s'entend sans la constitution de réserves. Il n'en va toutefois pas de même pour le passage à la capitalisation complète, où il est expressément mentionné que l'institution de prévoyance doit disposer de suffisamment de réserves de fluctuations de valeur (art. 72f, al. 2, LPP).

Le calcul des taux de couverture initiaux selon l'art. 72b, LPP, déroge également à la règle de l'art. 44, al. 1, OPP 2. Voir ci-après.

4. Quelles sont les caractéristiques des réserves de fluctuations de valeur et des réserves de fluctuations dans la répartition ?

Les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition sont utilisées pour lisser sur une ou plusieurs années le compte d'exploitation des institutions de prévoyance. Elles sont définies par

l'organe suprême en fonction du risque global du portefeuille ou des fluctuations de l'effectif des assurés.

En règle générale, elles sont alimentées par les revenus du capital. Les fonds servant à financer les réserves et ceux servant à financer les prestations sont en concurrence directe. Les principes comptables des recommandations Swiss GAAP RPC 26 définissent un ordre des tâches : il faut d'abord constituer le capital de prévoyance et les provisions techniques, puis les réserves de fluctuations de valeur, avant de répartir les fonds libres. Des exceptions sont toutefois prévues : dans certains cas, il est possible d'améliorer les prestations lorsque les réserves de fluctuations de valeur n'ont pas été entièrement constituées (art. 46 OPP 2).

Les institutions de prévoyance en capitalisation partielle constituent un cas particulier, car leur fortune de prévoyance ne couvre pas le capital de prévoyance et les provisions techniques. Elles ne peuvent donc pas constituer *réellement* des réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition. Cela ressort de l'annexe à l'art. 44, al. 1, OPP 2 (les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition ne doivent pas être déduites de la fortune de prévoyance disponible). Ces réserves ont donc avant tout un caractère *virtuel* et font office, pour l'organe suprême, d'objectif interne à atteindre pour appréhender les risques. Elles peuvent en revanche être prises en compte dans le calcul des taux de couverture initiaux selon l'art. 72b LPP (voir explications ci-dessous).

5. A quoi servent les réserves de fluctuations dans la répartition?

Les réserves de fluctuations dans la répartition concernent la part en répartition dans le cadre du système de financement mixte. Les cotisations des assurés exerçant une activité lucrative étant alors utilisées pour verser les prestations en cours, le renouvellement de l'effectif de ces assurés doit être garanti pour avoir suffisamment de fonds à disposition.

Les réserves de fluctuations dans la répartition permettent d'appréhender les fluctuations de l'effectif des assurés. Comme nous l'avons dit, elles ont un caractère virtuel.

Ces réserves ne servent pas à résoudre les problèmes existants ou prévisibles concernant l'effectif des assurés. Lorsqu'on prévoit que les assurés actifs ne seront pas suffisamment nombreux à une certaine date, il faut réexaminer le financement.

6. Que deviennent les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition, ainsi que les provisions, en cas de liquidation partielle?

Selon l'art. 27h, al. 1, OPP 2, il existe, en cas de liquidation partielle, un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuations. Dans la détermination de ce droit, on tient compte de la mesure dans laquelle le collectif sortant a contribué à la constitution des provisions et des réserves de fluctuations. Le droit aux réserves de fluctuations correspond au droit au capital d'épargne et de couverture au prorata.

Encore une fois, les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition ont un caractère virtuel dans le cas des institutions de prévoyance en capitalisation partielle. Elles sont dissoutes lorsque l'on calcule le taux de couverture. Celui-ci est ainsi plus élevé, et le montant manquant que l'employeur doit apporter est moins important. Comme celui-ci garantit au maximum 100 % de la prestation de sortie (art. 72c LPP), la nouvelle caisse ne reçoit aucune part à des réserves de fluctuations. Lorsqu'une institution de prévoyance de corporation de droit public en capitalisation partielle n'a plus de découvert, mais que la garantie de l'Etat n'a pas encore été supprimée, parce que les réserves de fluctuations de valeur n'ont pas encore été entièrement constituées, l'art. 27h, al. 1, OPP 2 s'applique et la nouvelle caisse reçoit une part de ces réserves. Quand l'institution est totalement recapitalisée, il n'y a plus de réserves de fluctuations dans la répartition.

Les institutions de prévoyance de corporations de droit public constituent des provisions réellement, et non seulement virtuellement, au contraire des réserves de fluctuations. Elles doivent être réparties dans le cadre d'une liquidation partielle, en vertu du principe de l'égalité de traitement. La part qui revient au collectif sortant réduit le découvert que la corporation de droit public doit garantir. La nouvelle caisse ne reçoit donc aucune part aux provisions, aussi longtemps que celles-ci peuvent être utilisées pour résorber complètement le découvert.

Par analogie aux réserves de fluctuations, l'art. 27h, al. 1, OPP 2 s'applique lorsque l'institution de prévoyance d'une corporation de droit public a bien atteint un taux de couverture de 100 %, mais que la garantie de l'Etat n'a pas encore été levée.

7. Quand les nouvelles dispositions doivent-elles être mises en œuvre?

Les nouvelles dispositions entrent en principe en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Deux exceptions sont toutefois prévues : d'une part, la loi prévoit un délai transitoire pour définir les taux de couverture initiaux et, d'autre part, les art. 48, al. 2, 1^{re} phrase, 50, al. 2, 51, al. 5, et 51a, al. 6, ainsi que les ch. II.2 (modification de la loi sur la fusion) et IIIb (disposition transitoire) n'entrent en vigueur que le 1^{er} janvier 2014. Un délai transitoire a été demandé durant les travaux préparatoires pour tenir compte de la durée des procédures cantonales et communales d'approbation. Du fait des nouvelles dispositions légales, les institutions de prévoyance en capitalisation partielle devront effectivement calculer pour la première fois des taux de couverture initiaux. Selon la disposition transitoire a, les institutions de prévoyance peuvent attendre fin 2013 pour déterminer leurs taux de couverture initiaux (au 1^{er} janvier 2012). Ceux-ci constituent un élément important du plan de financement qui, selon l'art. 72a LPP, doit être soumis à l'autorité de surveillance. Pour des raisons de cohérence, le délai transitoire s'applique donc également à la remise du plan de financement à l'autorité de surveillance.

Le délai transitoire est ainsi prévu essentiellement pour le calcul des taux de couverture initiaux et pour l'élaboration du plan de financement ; il ne peut pas être pleinement utilisé comme période de réflexion sur le choix du système de capitalisation (complète ou partielle), car si c'était le cas, ces travaux auraient lieu trop tard étant donné la durée des procédures cantonales ou communales d'approbation. Une institution de prévoyance en capitalisation partielle qui ne veut pas appliquer les art. 72a ss LPP doit obtenir tous les fonds manquants (sans les réserves de fluctuations de valeur) jusqu'à fin 2013.

Ce sont les cantons qui ont souhaité reporter l'entrée en vigueur des dispositions sur l'organisation juridique des institutions de prévoyance. Ce report est nécessaire pour permettre à certaines corporations de droit public et institutions de prévoyance de modifier leurs lois ou leurs règlements et d'obtenir l'approbation nécessaire. Il se justifie aussi pour des raisons de cohérence, car la disposition transitoire donne aussi aux institutions de prévoyance un délai de deux ans pour s'adapter aux conditions financières.

8. Comment les taux de couverture initiaux sont-ils calculés?

Les taux de couverture initiaux sont les taux de couverture existants à l'entrée en vigueur de la modification de la loi (art. 72b, al. 1, LPP), soit au 1^{er} janvier 2012. Pour les calculer, on peut soustraire les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition (art. 72b, al. 3, LPP). Du coup, ils peuvent être artificiellement bas, mais en même temps la garantie de l'Etat reste relativement importante, ce qui permet aux institutions d'avoir une marge. En effet, la garantie ne porte que sur le montant entre les taux de couverture initiaux et 100 % + les réserves de fluctuations de valeur (art. 72c, al. 1, en corrélation avec l'art. 72f, al. 2, LPP). Les lacunes de couverture en-dessous du taux de couverture initial ne sont pas couvertes par la garantie de l'Etat et doivent être comblées au moyen de mesures d'assainissement parmi celles prévues par les art. 65c à 65e LPP (art. 72e LPP).

Pour toutes les institutions de prévoyance, le taux de couverture est calculé conformément à l'art. 44 OPP 2. Le taux de couverture pour les engagements envers les assurés actifs est calculé selon le même principe. Lors de ces calculs, les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition ne sont pas déduites de la fortune de prévoyance, si bien que les chiffres sont plus élevés. Les taux de couverture initiaux ne figurent toutefois pas au bilan, où les calculs se font selon l'art. 44 OPP 2. C'est pourquoi ils doivent figurer dans l'annexe, avec un commentaire.

9. *Quand une institution peut-elle sortir du système de capitalisation partielle?*

Rappelons tout d'abord qu'une institution de prévoyance en capitalisation partielle peut, lors de la période transitoire, soit jusqu'à fin 2013, décider de renoncer à appliquer les art. 72a ss LPP si elle obtient tous les fonds manquants (sans les réserves de fluctuations de valeur). Dans le cas contraire, une ultérieure sortie du système de capitalisation partielle est possible aux conditions suivantes.

Selon l'art. 72f, al. 1, LPP, le passage à la capitalisation complète a lieu lorsque l'institution de prévoyance a un taux de couverture de 100 % pour tous ses engagements (calculé selon l'art. 44 OPP 2). A l'origine, une suppression de la garantie de l'Etat devait aussi être possible à ce moment-là. Durant les débats parlementaires, un ajout a cependant été apporté à l'art. 72f, al. 2, LPP, selon lequel la garantie de l'Etat ne peut être supprimée que lorsque l'institution est entièrement recapitalisée et *que les réserves de fluctuations de valeur existantes sont suffisantes*. Les al. 1 et 2 semblent quelque peu contradictoires ; selon l'interprétation de l'OFAS, une institution de prévoyance partiellement capitalisée ayant un taux de couverture d'environ 100 % ou plus ne peut plus changer de système tant que ses réserves de fluctuations n'ont pas été entièrement constituées.

801 **Transfert de propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance; quid de l'obligation de rembourser?**

Aux termes de l'art. 30e, al. 1, LPP, l'assuré qui transfère la propriété de son logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance n'est en principe pas obligé de rembourser à sa caisse de pensions le versement anticipé qui a servi au financement du logement en question.

La mention figurant au registre foncier est toutefois maintenue, ce qui signifie tout d'abord que le bénéficiaire ne pourra à son tour aliéner l'immeuble que moyennant le remboursement, par l'assuré, du versement anticipé (pour autant bien entendu que ce remboursement puisse encore intervenir ; cf. art. 30d, al. 3, LPP). A cet égard, nous précisons en effet que seul l'assuré lui-même (ou en cas de décès ses héritiers) peut, voire doit rembourser un versement anticipé.

Par ailleurs, si la personne ayant bénéficié du transfert du logement **perd** par la suite la **qualité de bénéficiaire**, ce qui arrive par exemple lorsqu'un enfant atteint l'âge de 25 ans et que la caisse de pensions concernée ne lui reconnaît plus la qualité de bénéficiaire, l'assuré – respectivement ses héritiers – doit également **rembourser** à sa caisse de pensions le versement anticipé dont il a bénéficié.

Jurisprudence

802 **Indemnité équitable, transmission au juge des assurances, renvoi d'office au juge du divorce**

(Référence à un arrêt du TF du 8 juin 2011, 9C_737/2010 ; arrêt en français)

(Art. 124 et 142 CC)

Lorsque le juge du divorce décide l'octroi d'une indemnité équitable (art. 124 CC) et transmet la cause au juge des assurances sociales, ce dernier doit renvoyer d'office la cause au juge du divorce, et pas seulement inviter les ex-conjoints à mieux agir auprès du juge du divorce.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

En l'espèce, le juge du divorce a ordonné le versement d'une indemnité équitable puis transmis la cause au tribunal cantonal des assurances sociales pour fixation du montant et du mode de règlement de celle-ci. Par jugement du 8 juillet 2010, le tribunal des assurances sociales s'est déclaré incompétent, a refusé d'entrer en matière et a invité les ex-conjoints à mieux agir devant le juge du divorce.

De façon générale, il n'appartient pas au juge des assurances sociales de se substituer au juge du divorce et d'examiner lui-même la question de l'indemnité équitable selon l'art. 124 CC (ATF 136 V 225 consid. 5.4 p. 228 s.; voir également le texte de l'art. 22b LFLP). Seul le juge du divorce dispose d'une vision d'ensemble de la situation économique concrète des parties et de leurs besoins de prévoyance respectifs. Pour fixer le montant de l'indemnité équitable, la jurisprudence exige en effet de tenir compte de façon adéquate de la situation patrimoniale après la liquidation du régime matrimonial ainsi que des autres éléments de la situation économique des parties après le divorce (ATF 131 III 1 consid. 4.2 p. 4).

Le juge des assurances sociales n'ayant pas la faculté de statuer sur l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC (ATF 129 V 444 consid. 5.4 p. 449), il revient au juge du divorce de compléter le jugement de divorce. La procédure prévue à l'art. 142 al. 2 CC et dans la LFLP cantonne les conjoints divorcés dans un rôle passif, puisqu'ils n'ont aucune prise sur la transmission du dossier au juge des assurances sociales ou sur la décision de celui-ci de ne pas exécuter le partage. Dans ce contexte, exiger de leur part un acte matériel, tel que le dépôt d'un acte introductif d'instance, ne semble guère rationnel. D'ailleurs, la correction du jugement de divorce par le biais des actions prévues par le droit civil (révision, complètement ou modification du jugement de divorce) n'apparaît pas souhaitable, puisque cela permettrait aux parties de décider si elles entendent agir ou non. Or, en cas d'inaction des parties, le risque existe qu'une question que le législateur exige de régler impérativement dans le contexte d'un divorce, à savoir le sort de la prévoyance professionnelle constituée pendant la durée du mariage, demeure sans réponse. Pareille situation ne serait alors pas conforme à la volonté du législateur fédéral. Dans ces conditions, en tant que l'art. 142 al. 2 CC impose la transmission d'office du jugement de divorce au juge des assurances sociales pour qu'il exécute le partage des prestations de sortie, il convient d'admettre que cette disposition contient également l'obligation implicite pour le juge des assurances sociales de renvoyer d'office la cause à la juridiction civile, comme objet de sa compétence, lorsqu'il constate l'impossibilité d'exécuter le mandat qui lui a été confié par le juge du divorce. Le renvoi d'office au juge du divorce est la conséquence logique et nécessaire du système particulier mis en place par le législateur à l'art. 142 al. 2 CC (ATF 136 V 225 consid. 5.3.2 et 5.3.3 p. 228 s.).

803 Action en complément d'un jugement de divorce étranger, prestation compensatoire du droit français

(Référence à un arrêt du TF du 1^{er} juin 2011, 5A_835/2010 ; arrêt en français)

(Art. 122 CC, 6 et 15 LDIP)

Les époux X. sont tous deux français et domiciliés en France. Pendant toute la durée du mariage, Monsieur X. a travaillé à Genève et a été affilié auprès d'une caisse de pensions en Suisse.

En 2008, le juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance de Thonon-les-Bains (France) a prononcé le divorce des époux. Il a notamment condamné Monsieur X. à payer à son ex-épouse la somme de 60'000 euros à titre de prestation compensatoire.

En 2009, Madame X. a déposé devant le Tribunal de première instance du canton de Genève une action en complément du jugement de divorce à l'encontre de Monsieur X. Elle concluait notamment à ce que la juridiction saisie complète le jugement de divorce rendu le 10 avril 2008 en ce sens que le

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par son ex-mari pendant la durée du mariage soit ordonné.

Par jugement du 15 avril 2010, le Tribunal de première instance a déclaré la demande irrecevable en se fondant sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Statuant sur appel de l'ex-épouse le 22 octobre 2010, la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance pour les mêmes motifs. Madame X. a alors recouru au TF.

La Cour de justice a considéré que c'était à juste titre que le Tribunal de première instance avait admis sa compétence (art. 6 LDIP) et déclaré le droit suisse applicable (art. 15 LDIP). Ces questions n'ont fait l'objet d'aucune discussion entre les parties devant les instances cantonales.

Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question du complément d'un jugement de divorce français quant au partage des avoirs de prévoyance professionnelle de l'un des époux ayant exercé une activité lucrative en Suisse durant le mariage (ATF 131 III 289 ; 134 III 661).

Aux termes de l'art. 270 CCF, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation correspond autant à un dédommagement qu'à une indemnité d'entretien (ATF 131 III 289 consid. 2.8). Il existe une différence de nature entre la prestation compensatoire du droit civil français et le partage des avoirs de prévoyance prévu par les art. 122 ss. CC, institution que la législation française ne connaît pas comme telle (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.; 134 III 661 consid. 3.3). La comparaison entre ces deux institutions juridiques montre en effet des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.).

Il s'ensuit que, dans la mesure où la prestation compensatoire n'a pas été fixée en tenant compte des avoirs de libre passage de l'époux débiteur (ATF 134 III 661 consid. 3.3), l'époux créancier doit pouvoir prétendre à l'une comme à l'autre: l'octroi d'une prestation compensatoire n'exclut pas le droit au partage des avoirs de prévoyance.

En l'espèce, le jugement de divorce ne contient aucune référence expresse à la prestation de prévoyance de l'ex-mari. La cour cantonale remarque certes que le montant de la prestation compensatoire a été déterminé en tenant compte de la retraite des parties, sur la base d'une simulation de leurs pensions. Il n'empêche qu'aucune attestation de la caisse de prévoyance de l'ex-mari quant aux montants des avoirs accumulés auprès d'elle n'a été produite devant le juge français. Il faut par conséquent en conclure que ladite simulation a été effectuée sans disposer de cet élément essentiel, la production de fiches de salaires, de surcroît devant un juge qui ne connaît pas l'institution de la prévoyance, ne suffisant pas, à elle seule, à déterminer le montant de ces avoirs. La Cour de justice ne pouvait donc, sans arbitraire, en déduire que le juge du divorce les aurait indirectement pris en considération dans la mesure où il ne disposait pas des éléments propres à en déterminer le montant, et refuser ainsi d'entrer en matière sur le complément sollicité par la recourante. Le TF a donc admis le recours pour ce motif.

804 Institution supplétive LPP, pas d'intérêt moratoire sur le montant versé après coup au titre de rentes d'invalidité

(Référence à un arrêt du TF du 2 août 2011, 9C_334/2011 ; arrêt en allemand)

(Art. 102, al. 1, 104, al. 1, et 105, al. 1, CO, 42, al. 2, et 97, al. 1, LTF)

B., né en 1975 et employé de X. SA, était assuré pour sa prévoyance professionnelle auprès de la Fondation institution supplétive LPP. Par décisions du 3 novembre 2005, l'assurance-invalidité lui a octroyé une rente entière d'invalidité pour la période du 1^{er} janvier 2001 au 30 avril 2003, puis une

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

demi-rente depuis le 1^{er} mai 2003. Par la suite, l'office AI de Zoug lui a accordé rétroactivement une rente entière d'invalidité à partir du 1^{er} janvier 2001 (taux d'invalidité de 100 %). En septembre 2009, l'institution supplétive a fourni rétroactivement des prestations sous forme de rentes de la prévoyance professionnelle à compter du 1^{er} janvier 2001 et a ainsi versé à B. un montant de 94 599 fr. 50. Elle a par contre refusé de payer un intérêt moratoire sur ce montant versé après coup.

B. a agi contre l'institution supplétive devant le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich en concluant au paiement d'un intérêt moratoire de 5 % pour la période du 1^{er} janvier 2006 au 14 septembre 2009 sur les prestations sous forme de rentes accordées après coup. Par décision du 24 septembre 2010, ledit tribunal n'est pas entré en matière sur la demande et a transmis la cause au Tribunal administratif du canton de Zoug compétent à raison du lieu. Celui-ci a rejeté la demande par jugement du 17 mars 2011, l'ayant toutefois considérée comme recevable.

Dans son recours en matière de droit public, B. conclut au paiement d'un intérêt moratoire du 12 décembre 2005 au 31 mars 2010 sur les rentes versées rétroactivement pour un montant total de 94 599 fr. 50.

Le litige porte sur le droit à un intérêt moratoire en cas de versement après coup de prestations sous forme de rentes de la prévoyance professionnelle.

Le tribunal cantonal a nié l'existence d'un droit à un intérêt moratoire sur la base des règlements. Le recourant objecte simplement que l'instance précédente n'aurait pas examiné les règlements de manière «analytique», «comme on aurait pu l'attendre». Selon lui, il appartiendrait au TF d'instruire la question de l'obligation réglementaire de verser un intérêt moratoire. Cependant, l'assuré ne mentionne aucune disposition précise du règlement sur ce point ni n'explique dans quelle mesure l'instance précédente aurait appliqué le règlement de manière contraire au droit fédéral (art. 95, let. a, LTF). Le recours ne satisfait manifestement pas aux exigences en matière de motivation en ce qui concerne cet argument, raison pour laquelle le grief est irrecevable (**ATF 134 II 244**, consid. 2.1 ; voir arrêt 1C_355/2008 du 28 janvier 2009, consid. 1.3.4).

Dans le jugement attaqué, le tribunal cantonal a correctement cité la jurisprudence selon laquelle l'obligation de verser un intérêt moratoire en cas de rente de la prévoyance professionnelle se détermine selon l'art. 105, al. 1, CO à défaut de dispositions réglementaires en la matière (**ATF 119 V 131**, consid. 4c, p. 135 ; arrêt B 136/06 du 9 juillet 2007, consid. 6.2 non publié dans **ATF 133 V 408**). Selon l'art. 105, al. 1, CO, un débiteur en demeure pour le paiement d'intérêts, d'arrérages ou d'une somme dont il a fait donation ne doit l'intérêt moratoire qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice.

C'est sans commettre d'erreur de droit et donc de manière contraignante (art. 97, al. 1, et art. 105, al. 1, LTF) que l'instance précédente a établi que le recourant n'avait engagé ni une poursuite ni une demande en justice contre l'institution supplétive. Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'argument évoqué dans le recours mais pas suffisamment motivé (art. 42, al. 2, LTF) que la transaction avec l'institution supplétive – qui, selon l'état du dossier, a eu lieu de manière extrajudiciaire – serait une sorte d'acquiescement. L'assuré ne prétend nullement avoir introduit une action devant un tribunal contre l'institution supplétive. Il n'y a pas eu non plus de poursuite contre cette institution, de sorte qu'aucun intérêt moratoire n'est dû.

Le changement de jurisprudence sollicité (voir consid. 4.1) ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs (voir **ATF 132 III 770**, consid. 4, p. 777 ; **127 I 49**, consid. 3c, p. 52 ; **126 I 122**, consid. 5, p. 129). La critique soulevée dans le même sens, que l'application par analogie de l'art. 105, al. 1, CO ne serait pas adaptée à la cause, ne convainc pas. Le motif de la dérogation prévue à l'art. 105, al. 1, CO par rapport à la règle générale de l'art. 102, al. 1, CO, qui fait partir l'obligation de verser un intérêt moratoire au moment de la mise en demeure du débiteur (art. 104, al. 1, CO), consiste en ceci que, de par leur nature, les rentes sont utilisées pour l'entretien et non pas comme placement générateur

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124

d'intérêts. Le cours des intérêts sur des rentes ne doit pas non plus devenir incernable (arrêt B 136/06 déjà cité, consid. 6.2 ; arrêt 9C_254/2009 du 26 mai 2009, consid. 2.3.2). La *ratio legis* de l'art. 105, al. 1, CO – que le recourant ne discute pas vraiment – est un motif déterminant justifiant son application par analogie aux rentes de la prévoyance professionnelle. L'argument de l'assuré est inopérant lorsqu'il prétend qu'une autre réglementation de l'intérêt moratoire, qu'il ne précise pas plus explicitement (art. 42, al. 2, LTF), permettrait d'accélérer la procédure d'instruction. Selon l'art. 105, al. 1, CO, le cours de l'intérêt moratoire peut être déclenché par la personne assurée elle-même et la demande en justice ou la poursuite nécessaire à cet effet sont également propres à accélérer la procédure (art. 102, al. 1, et 104, al. 1, CO).

Le recourant ne convainc pas non plus lorsqu'il invoque un abus de droit. Dans les rapports entre personnes privées, ce qui est caractéristique à l'abus manifeste d'un droit, c'est qu'une partie amène l'autre à se comporter d'une manière déterminée pour en tirer des avantages d'une manière contraire à la bonne foi, que ce soit en faisant valoir des prétentions ou en soulevant des exceptions (**ATF 133 III 497**, consid. 5.2). L'intimée avait d'abord nié le droit aux prestations sous forme de rentes. Ce n'est que plus tard qu'elle a reconnu son obligation de fournir ces prestations. Dans le contexte du cas d'espèce, ce comportement ne constitue pas un abus de droit. Au vu du dossier, l'institution supplétive n'a jamais donné au recourant une raison de ne pas engager tout de suite une procédure en justice ou une poursuite faisant partir le cours de l'intérêt moratoire. Au contraire, son refus initial aurait pu et dû être l'occasion à saisir par le recourant d'une demande en justice précoce s'il exigeait un intérêt moratoire sur les prestations sous forme de rentes à verser éventuellement après coup. Dans ces conditions, une obligation en matière d'intérêt moratoire ne saurait se justifier au titre de l'abus de droit. A elle seule, la longueur de la procédure ne donne pas – contrairement à l'avis du recourant – naissance à une obligation en matière d'intérêt moratoire pour ce qui est des prestations sous forme de rente de la prévoyance professionnelle (voir **ATF 119 V 131**, consid. 3a, p. 132 et consid. 4c, p. 135). En outre, la qualité d'assuré du recourant avait été longtemps controversée parce qu'après la survenance du cas d'assurance, des salaires ont été versés après coup rétroactivement. Cet élément se situait dans la zone d'influence de l'employeur X. SA.

Erratum

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 122 ch. 789: référence du jugement

Dans le bulletin 122 ch. 789, il y a une erreur dans la référence du jugement : la référence correcte est 9C_476/2010, au lieu de 5A_304/2010. La version internet du Bulletin 122 a déjà été corrigée.