



2 juillet 2012

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°128

Indications

836 Jürg Brechbühl nouveau directeur de l'OFAS.....2

Prises de position

837 Mise en œuvre de la révision 6a de la LAI: questions-réponses2

838 Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public:
questions-réponses6

Jurisprudence

839 Remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de
vieillesse: à 62 ou 64 ans pour les femmes?12

840 Disposition réglementaire sur l'adaptation au renchérissement des rentes d'invalidité13

841 Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation
en capital14

Excursus

842 LP & LPP: prévoyance professionnelle, poursuite, saisie et faillite15

Indications

836 Jürg Brechbühl nouveau directeur de l'OFAS

Le nouveau directeur de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) est Jürg Brechbühl. Le Conseil fédéral a nommé cet ancien vice-directeur de l'OFAS pour succéder à Yves Rossier, qui devient Secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE). Agé de 56 ans, Jürg Brechbühl entrera officiellement en fonction le 1^{er} juillet 2012.

Lien internet pour le communiqué de presse du 18 avril 2012:
bsv.admin.ch/fr/nsb?id=44184

Prises de position

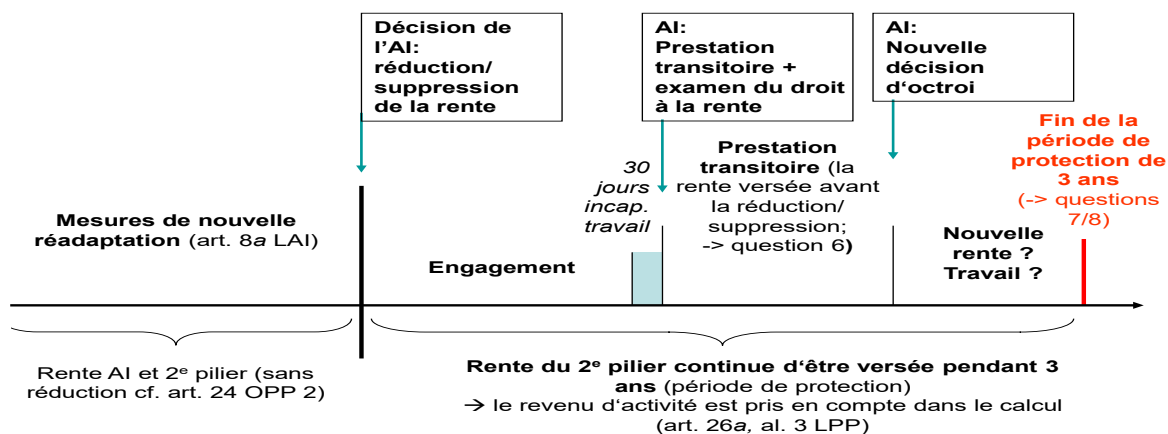
837 Mise en œuvre de la révision 6a de la LAI: questions-réponses

En général

Comme nous l'avons annoncé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 125 ch. 806](#), nous revenons aujourd'hui plus en détail sur les effets de la 6^e révision de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI), 1^{er} volet (révision 6a), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Après une brève introduction générale, vous trouverez ci-après une série de questions-réponses destinées à illustrer les nouveautés récemment introduites.

D'une part et surtout, la révision 6a a introduit des mesures destinées à encourager la réadaptation des bénéficiaires de rentes. Dans le 2^e pilier, ces mesures sont principalement concrétisées par l'art. 26a LPP, qui introduit une période de protection après la réduction ou la suppression d'une rente AI, faisant elle-même suite à la réadaptation professionnelle d'un rentier.

Il ressort du schéma suivant qu'il faut faire une distinction entre deux périodes principales, celle qui précède la décision de l'office AI de réduire/supprimer la rente AI et celle qui suit, appelée aussi «période de protection».



- Avant de prendre la décision d'adapter une rente d'invalidité, l'office AI met en œuvre les divers instruments visant à évaluer et à améliorer la capacité de gain de l'assuré déjà au bénéfice d'une rente d'invalidité. Ces instruments, appelés « *mesures de nouvelle réadaptation* », sont définis à l'art. 8a LAI. Durant l'exécution de ces mesures, les assurés continuent à toucher leurs rentes du 1^{er} et du 2^e pilier, aux mêmes montants qu'auparavant.

Une des nouveautés de la révision est l'introduction d'une mesure de réadaptation particulière, le « *placement à l'essai* » (art. 18a LAI). Celui-ci ne fait pas naître de rapports de travail et l'assuré continue de percevoir ses prestations d'invalidité (1^{er} et 2^e piliers). Il n'est cependant pas exclu que l'entreprise au sein de laquelle l'assuré est placé lui accorde une rémunération. Dans cette hypothèse, le législateur a souhaité que l'assuré puisse conserver l'entier de cette rémunération, destinée à compenser une partie des frais liés à l'exercice d'une activité lucrative. C'est pourquoi **l'art. 24 OPP 2** a été modifié : les institutions de prévoyance ne pourront pas réduire leurs prestations d'invalidité en tenant compte de la gratification éventuelle versée par un « employeur » durant l'exécution d'un placement à l'essai.

- Après la décision de l'AI, s'ouvre alors une **période de protection** de trois ans en principe, qui fait l'objet du nouvel art. 26a LPP. Cette période ne vaut que pour les assurés ayant participé, avant la réduction ou la suppression de leur rente, à des mesures de nouvelle réadaptation destinées aux bénéficiaires de rente au sens de l'art. 8a LAI, ou dont la rente a été réduite ou supprimée du fait de la reprise d'une activité lucrative ou d'une augmentation de leur taux d'occupation.

Questions-réponses

1. Quand débute la période de protection (art. 26a LPP)?

Lorsqu'un bénéficiaire de rente AI augmente sa capacité de gain – du fait qu'il a suivi des mesures de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a LAI ou qu'il a, de sa propre initiative, repris une activité lucrative ou augmenté son taux d'occupation –, sa rente AI est réduite ou supprimée dans le cadre d'une procédure de révision. Une période de protection prend alors effet le premier jour du deuxième mois qui suit la notification de la décision de diminution ou suppression de la rente (art. 88^{bis}, al. 2, let. a, RAI).

Exemple : la décision a été notifiée le 18 octobre 2012. La période de protection prend naissance le 1^{er} décembre 2012.

L'office AI est tenu de communiquer ses décisions à l'institution de prévoyance concernée. S'il s'agit d'une révision de rente ouvrant une période de protection, la décision contient expressément une indication selon laquelle l'assuré peut prétendre à une prestation transitoire de l'AI (cf. infra question n° 6 sur cette notion).

2. Quid de la couverture d'assurance (2^e pilier) durant la période de protection ?

La personne dont la rente AI peut être réduite ou supprimée et pour laquelle s'ouvre une période de protection reste assurée, avec les mêmes droits, auprès de l'institution de prévoyance tenue de lui verser des prestations d'invalidité (ci-après : l'ancienne IP). Elle conserve tous les droits attachés à la qualité d'assuré invalide, notamment en matière de prestations pour survivants et de tenue du compte de vieillesse.

Si la personne trouve un emploi, son nouvel employeur n'est pas tenu de l'affilier auprès de son institution de prévoyance pendant la période de protection (art. 1j, al. 1, let. d, OPP 2) ni par conséquent de verser des cotisations. Mais il doit en informer son institution de prévoyance.

Attention : Une personne qui n'était assurée auprès d'aucune institution de prévoyance avant la révision de rente ne peut bénéficier du maintien provisoire de l'assurance. Le nouvel employeur doit donc, pendant la période de protection, assurer cette personne auprès de son institution de prévoyance, pour autant bien sûr qu'elle remplisse les conditions ordinaires.

3. *L'assuré qui réalise un revenu plus important que le montant assuré par l'ancienne IP peut-il être assuré pour la part de salaire excédant ce montant, que ce soit auprès de cette IP ou de celle de son nouvel employeur ?*

Non, les personnes bénéficiant à titre provisoire du maintien de l'assurance visée à l'art. 26a LPP ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire de la prévoyance professionnelle (art. 1j, al. 1, let. d, OPP 2). Il ne leur est pas non plus possible de se faire assurer à titre facultatif (cf. art. 1j, al. 3 et 4, OPP 2 a contrario).

4. *Est-il possible de toucher à l'avoir de prévoyance pendant la période de protection ?*

Non, un partage des prestations de sortie en cas de divorce ou un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement est exclu pendant la période de protection. Un versement en espèces selon l'art. 5 LFLP n'est pas possible non plus.

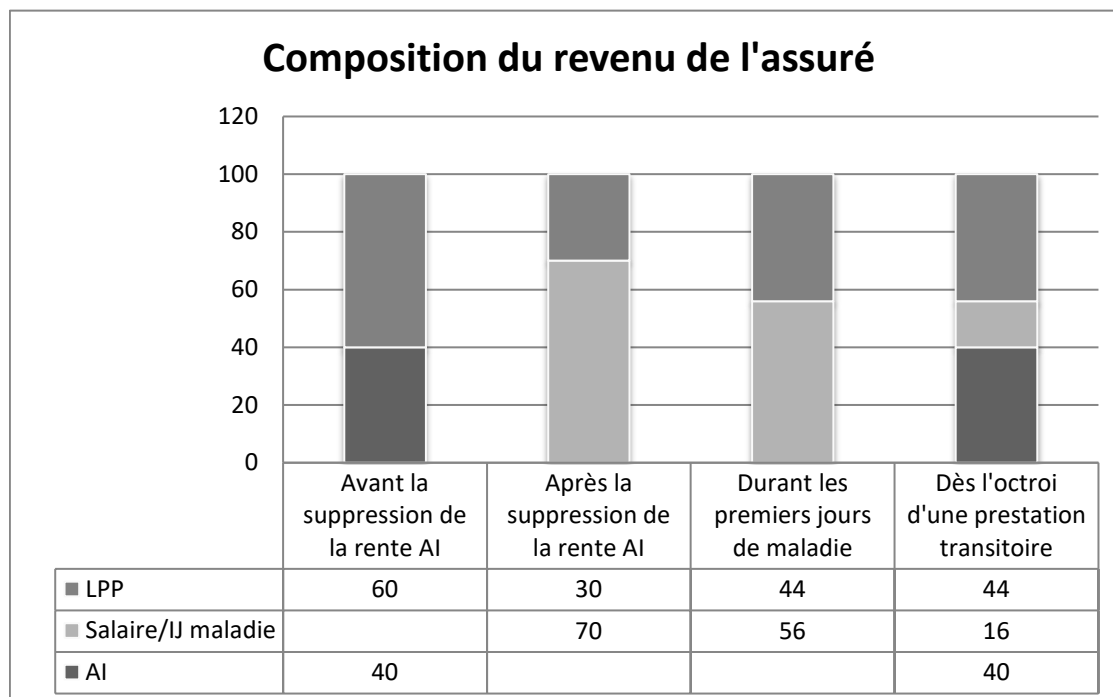
5. *Quid des prestations d'invalidité du 2^e pilier durant la période de protection ?*

Ces prestations d'invalidité continuent en principe d'être versées par l'ancienne IP, dans la même mesure qu'avant la révision de rente, quand bien même le droit à la rente AI a été réduit voire même supprimé. Les prestations du 2^e pilier peuvent être réduites seulement à condition que l'assuré perçoive **effectivement** un revenu supplémentaire provenant par exemple d'une activité lucrative, de l'assurance-chômage, d'une assurance indemnités journalières maladie (cf. art. 26a, al. 3, LPP en dérogation à l'art. 24 OPP 2). Si la situation financière de l'assuré se modifie durant la période de protection, en raison par exemple d'un revenu supplémentaire plus élevé ou de la perte de ce revenu consécutivement à une perte d'emploi, l'ancienne IP doit procéder à un nouveau calcul de surindemnisation. Dans tous les cas, ses prestations correspondent, durant la période de protection, au maximum à celles versées avant la suppression ou la diminution de la rente AI.

6. *Que se passe-t-il si l'assuré présente une incapacité de travail durant la période de protection ?*

Lorsqu'un assuré, pendant la période de protection, tombe à nouveau en incapacité de travail d'au moins 50 % qui se prolonge au-delà de 30 jours, il perçoit une prestation transitoire de l'AI. L'ancienne IP doit procéder à un nouveau calcul de ses prestations d'invalidité si la situation financière de l'assuré s'en trouve modifiée (art. 26a, al. 3, LPP). Le salaire ou les indemnités journalières d'une éventuelle assurance perte de gain en cas de maladie sont pris en compte en tant que « revenu supplémentaire » dans le calcul.

Exemple: La composition du revenu de l'assuré évolue comme suit:



Légende

Durant les premiers jours de maladie, l'employeur doit en principe continuer à verser le salaire, soit 70 (cf. art. 324a CO). S'il a conclu une assurance perte de gain (PG) maladie (solution retenue ci-dessus), il est libéré de cette obligation. C'est alors l'assureur qui paie, en principe à raison de 80 % du salaire (cf. exemple : 56).

La caisse de pensions doit adapter ses prestations en fonction du revenu réalisé par l'assuré (cf. art. 26a, al. 3, LPP).

Dès l'octroi de la prestation transitoire, l'AI reprend le versement de son ancienne rente de 40 (éventuellement en main de l'assureur PG maladie), l'assureur PG maladie n'assume donc que la différence entre le 80% du salaire assuré et le montant de la prestation transitoire de l'AI ($56 - 40 = 16$) et la caisse de pensions verse la différence ($100 - 56 = 44$), mais au maximum à concurrence de ses prestations d'invalidité initiales, soit 60.

A noter que les IP ne peuvent procéder au nouveau calcul de leurs prestations que lorsqu'elles disposent de toutes les informations nécessaires. Leur versement complémentaire intervient donc en général de manière rétroactive.

7. Quand la période de protection prend-elle fin ?

La période de protection prend fin en principe après trois ans (cf. question 1). Si l'AI verse toujours une prestation transitoire au-delà de ce délai de trois ans, par exemple si l'incapacité de travail est survenue seulement à la fin de la période de protection et que la clarification du degré d'invalidité est en cours, la période de protection se prolonge, à savoir que le maintien de la couverture de prévoyance et des droits de l'assuré subsiste jusqu'à ce que l'AI ait rendu sa décision sur le nouveau taux d'invalidité (art. 26a, al. 2, LPP).

8. *Que se passe-t-il à la fin de la période de protection ?*

Si la réadaptation professionnelle est durablement couronnée de succès – autrement dit: si le taux d'invalidité révisé demeure le même jusqu'au terme de la période de protection –, l'ancienne IP est libérée de son

obligation au terme de cette période (plus précisément : son obligation de prise en charge se limite désormais au taux d'invalidité révisé). Elle doit alors transférer la prestation de sortie correspondant à la (partie de) rente supprimée à l'institution de prévoyance du nouvel employeur de l'assuré ou à une institution de libre passage (art. 2, al. 1^{er}, LFLP).

S'il y a rapports de travail, le nouvel employeur doit, à compter de cette date, assurer la personne auprès de son institution de prévoyance et verser les cotisations correspondantes.

Signalons pour terminer que les dispositions finales de la révision 6a permettent le réexamen des rentes octroyées en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique (par ex. troubles somatoformes douloureux, coup du lapin). En substance, les offices AI (et les institutions de prévoyance) vont désormais pouvoir réduire ou supprimer une rente d'invalidité octroyée pour cette raison, même si rien n'a changé dans la situation de l'assuré. Ces affections ne sont en effet plus désormais considérées comme invalidantes (cf. art. 7, al. 2 *in fine*, de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, LPGA). Afin d'atténuer les effets d'une réduction/suppression de rente, des mesures d'accompagnement sont prévues. En particulier, les rentes des 1^{er} et 2^e piliers continueront d'être versées pendant une période de deux ans au maximum à compter de la décision d'adaptation de la rente, pour autant que l'assuré suive des mesures de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a LAI. A noter que les personnes qui avaient plus de 55 ans le 1^{er} janvier 2012 et celles qui touchaient alors une rente AI depuis plus de quinze ans ne sont pas concernées. **L'art. 26a LPP n'est pas applicable** en cas de réduction ou de suppression de rentes basée sur les dispositions finales.

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

La présente *version de ces questions-réponses annule, remplace et complète la version publiée dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 124 ch. 800.*

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 en principe que rester stables ou 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. Il ne s'agit pas nécessairement de prendre des mesures d'assainissement drastiques. Toutefois, il convient de réagir assez vite et en aucun cas le délai de 40 ans au plus (dispositions transitoires, let. c, al. 1, LPP) ne doit être allongé.

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, soit jusqu'au 31 décembre 2051, 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. *Que signifie respecter le mécanisme du « cliquet » pour une institution de prévoyance en capitalisation partielle qui a un taux de couverture pour l'ensemble des engagements d'au moins 80 % ?*

Le plan de financement d'une telle institution de prévoyance ne doit pas nécessairement prévoir une croissance régulière des taux de couverture jusqu'à atteindre la capitalisation complète. Il suffit en effet qu'il prévoie la stabilisation de ceux-ci. Il convient toutefois de noter que, pour une institution de prévoyance dont la part des engagements envers les pensionnés prend de plus en plus d'importance, la stabilisation du taux de couverture pour les assurés actifs va entraîner une augmentation de celui pour l'ensemble des engagements (voir l'exemple dans le Message, [FF 2008 p. 7649](#)). Cette augmentation cessera lorsque l'institution de prévoyance aura atteint l'équilibre de son rapport démographique. Si cet équilibre devait ne jamais être atteint, pour mener par exemple jusqu'à la situation extrême où l'institution de prévoyance n'assure que des pensionnés, alors le respect du mécanisme du « cliquet » va imposer une croissance régulière du taux de couverture pour l'ensemble des engagements jusqu'à atteindre la capitalisation complète. Ceci est toutefois cohérent avec le principe de la couverture intégrale des engagements pris envers les pensionnés (art. 72a, al. 1, let. a, LPP). Précisons d'emblée que la garantie de l'Etat ne peut être supprimée que lorsque les réserves de fluctuations de valeur existantes sont suffisantes, et non seulement lorsque le taux de couverture pour l'ensemble des engagements atteint 100 %, ainsi que nous le verrons plus loin.

4. *Quand doit-on considérer le taux de couverture pour l'ensemble des engagements et quand celui pour les engagements des assurés actifs ?*

La loi introduit deux notions de taux de couverture: un pour l'ensemble des engagements et un pour les engagements des assurés actifs. Les deux doivent être maintenus à leur valeur initiale, ainsi qu'à leur valeur acquise, comme nous l'avons vu ci-avant.

Le taux de couverture pour l'ensemble des engagements revêt une importance particulière si celui-ci n'atteint pas 80 % et qu'une recapitalisation, en 40 ans au plus, est nécessaire (dispositions transitoires, let. c, al. 1, LPP). Il s'agit en effet de la valeur de référence pour la poursuite de cet objectif. Ce taux est déterminant également pour savoir si des intérêts sont dus par la collectivité de droit public (dispositions transitoires, let. c, al. 2, LPP) ou pour savoir si une institution de prévoyance remplit les exigences de la capitalisation complète selon l'art. 72f, al. 1, LPP (le taux atteint-il 100 %?).

Mais dans les cas de liquidation partielle (art. 72c, LPP) ou lorsqu'un assainissement est nécessaire (art. 72e, LPP), il faut également considérer le taux de couverture pour les engagements des assurés actifs. C'est en effet cette valeur qui donne la mesure de l'intervention, étant entendu que la couverture des engagements des pensionnés doit toujours être intégrale (art. 72a, al. 1, let. a, LPP).

5. *Quelles sont les caractéristiques des réserves de fluctuations de valeur et des réserves de fluctuations dans la répartition, doit-on les présenter au bilan ?*

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.

La loi ne contient aucune indication s'agissant de la présentation au bilan des réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition pour une institution de prévoyance en capitalisation partielle. Deux options sont alors possibles:

- L'institution de prévoyance ne les présente pas. Elle ne leur reconnaît pas une existence réelle, puisqu'elles ne sont pas couvertes par la fortune de prévoyance.
- L'institution de prévoyance les présente. Ceci permet notamment un effet de lissage de ses résultats.

Toutefois, lorsque l'institution de prévoyance en capitalisation partielle aura fait son choix, il est impératif qu'elle s'y tienne, ceci dans un esprit de continuité. De même, si l'institution de prévoyance choisit de présenter lesdites réserves, alors elle doit veiller à ce que chaque modification de leur niveau soit dûment justifiée et commentée dans l'annexe. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'institution de prévoyance choisit de leur conférer un caractère virtuel, elles doivent être régulièrement commentées dans l'annexe.

6. 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. Si l'institution de prévoyance entend y recourir, elle doit en fixer les règles de constitution dans un règlement, conformément à l'art. 48e, OPP 2. Le cas échéant, si elle constate qu'elle est dans une phase temporaire où les assurés actifs sont relativement peu nombreux, et donc que la part du financement en répartition fait partiellement défaut, alors elle pourra puiser dans lesdites réserves. Elle pourra les reconstituer dans une phase où la tendance est inverse. Ces réserves ne sont toutefois pas un motif pour s'écarter du parcours prévu par le plan de financement. Lorsque l'on prévoit que les assurés actifs ne seront pas suffisamment nombreux sur la durée pour permettre le fonctionnement du financement en répartition, il faut réexaminer ce financement.

7. Que deviennent les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition, ainsi que les provisions, en cas de liquidation partielle lors d'une sortie collective?

Selon l'art. 27h, al. 1, OPP 2, il existe, en cas de liquidation partielle, un droit collectif de participation aux provisions et aux réserves de fluctuations, proportionnellement au capital épargne et de couverture. 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 provisions n'existe toutefois que si des risques actuariels sont également cédés.

La manière de traiter les réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition en cas de liquidation partielle d'une institution de prévoyance en capitalisation partielle va dépendre de la solution retenue pour la présentation des comptes (voir ci-avant). Quoi qu'il en soit, l'employeur ne peut pas être amené à compléter les versements jusqu'à dépasser le niveau des prestations de sortie. En effet, celui-ci garantit au maximum 100 % de la prestation de sortie (art. 72c LPP). Lorsqu'une institution de

prévoyance 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 également des provisions techniques. 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 sont 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.

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

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Il y a toutefois deux exceptions : 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 plus appliquer aucun des art. 72a ss LPP doit obtenir tous les fonds manquants, avec les réserves de fluctuations de valeur, jusqu'à fin 2013 (voir ci-après).

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.

9. 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 plus 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).

Les taux de couverture initiaux doivent figurer dans l'annexe, avec un commentaire. L'organe suprême de l'institution de prévoyance est responsable. Toutefois, étant donné les conséquences que ce calcul a sur la garantie de l'Etat, la corporation de droit public devrait être entendue dans le cadre des travaux y relatifs.

10. Comment les taux de couverture sont-ils calculés après la situation initiale?

Comme pour la présentation au bilan des réserves de fluctuations de valeur et dans la répartition vue ci-avant, la loi ne contient aucune indication s'agissant de la manière de calculer les taux de couverture après la situation initiale. Celle-ci ne doit à notre avis pas nécessairement correspondre au calcul selon l'annexe à l'art. 44, al. 1, OPP 2, car la disposition en question vise avant tout à se prononcer sur l'existence d'un éventuel découvert. En fait, elle doit correspondre à la solution retenue en matière de présentation au bilan desdites réserves:

- Si l'institution de prévoyance ne les présente pas, alors elles ne doivent pas être déduites de la fortune de prévoyance disponible dans le calcul des taux de couverture. Ce calcul correspond à celui de l'annexe à l'art. 44, al. 1, OPP 2.
- Si l'institution de prévoyance les présente, alors elles doivent être déduites dans la même mesure de la fortune de prévoyance disponible dans le calcul des taux de couverture. Ce calcul assure la continuité par rapport à la situation initiale et permet notamment, comme déjà mentionné, un effet de lissage.

11. A qui le système de la capitalisation partielle est-il accessible?

L'art. 65, LPP, mentionne le principe selon lequel les institutions de prévoyance doivent généralement être complètement capitalisées. Les art. 72a à 72g en particulier sont toutefois réservés (système de la capitalisation partielle). Cette exception n'est accessible qu'aux institutions de prévoyance de corporations de droit public qui, au moment de l'entrée en vigueur de la modification de loi au 1er janvier 2012, ne satisfaisaient pas aux exigences en matière de capitalisation complète (voir l'art. 72a, al. 1, LPP). Il s'agit là d'institutions de prévoyance pour lesquelles l'ancien droit prévoyait l'obligation d'une garantie de l'Etat (art. 69, al. 2, aLPP, en relation avec l'art. 45, al. 1, aOPP 2). Il en résulte que seules les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui, au 1er janvier 2012, n'étaient pas dans le système de la capitalisation complète, et qui par conséquent bénéficiaient d'une garantie de l'Etat, ont accès au système de la capitalisation partielle. Ceci exclut d'une part les institutions de prévoyance d'employeurs privés et d'autre part celles de corporations de droit public dont la garantie n'a jamais été accordée ou a été supprimée jusqu'au 31 décembre 2011 (cf. message: «Seules pourront être gérées selon le système de la capitalisation partielle les IPDP qui, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle norme, ne sont pas encore gérées selon le système de la capitalisation complète», [FF 2008 p. 7676](#)). Ces dernières ne peuvent pas rejoindre le système de la capitalisation partielle par la suite, respectivement ne peuvent pas y être contraintes. Une éventuelle sous-couverture doit être éliminée selon les règles des art. 65 ss LPP.

12. Quand une institution peut-elle sortir du système de la capitalisation partielle et quand la garantie de l'Etat peut-elle être supprimée ?

Une institution de prévoyance qui ne voudrait plus être soumise aux dispositions d'exception des art. 72a à 72g doit satisfaire aux dispositions générales sur le financement (art. 65, LPP). Elle peut le cas échéant passer du système de la capitalisation partielle à celui de la capitalisation complète. Ceci ne suffit toutefois pas pour supprimer la garantie de l'Etat : S'agissant des institutions de prévoyance de corporations de droit public qui bénéficiaient d'une garantie de l'Etat au 1^{er} janvier 2012, l'art. 72f, al. 2, LPP, énonce clairement le principe selon lequel cette garantie ne peut être supprimée que lorsque l'institution est entièrement recapitalisée et *que les réserves de fluctuations de valeur existantes sont suffisantes*. Ainsi donc, une institution de prévoyance bénéficiant d'une garantie de l'Etat peut appliquer les règles de la capitalisation complète dès qu'elle en remplit les exigences, mais la garantie ne peut être levée que lorsque les réserves de fluctuations de valeur ont été entièrement constituées.

Concrètement, si le taux de couverture est d'au moins 100 %, le garant n'interviendra pas en cas de liquidation partielle. Le maintien de la garantie tant que les réserves de fluctuations de valeur ne sont pas suffisantes a un but préventif : si le taux de couverture devait repasser en dessous de 100 % (à la suite d'un crash boursier par exemple), la garantie pourrait alors être actionnée dans les cas prévus par la loi (liquidation partielle par exemple) et les assurés seraient ainsi protégés.

Ceci s'applique à notre avis en particulier à une institution de prévoyance bénéficiant de la garantie de l'Etat qui voudrait décider de ne plus appliquer aucun des art. 72a ss LPP. Elle doit obtenir tous les fonds manquants, avec les réserves de fluctuations de valeur. Si elle obtient les fonds manquants, mais sans les réserves de fluctuations de valeur, elle pourra bien entendu appliquer les règles de la capitalisation complète, donc n'être soumise à aucune des dispositions financières spécifiques au système de la capitalisation partielle, mais la garantie devra être maintenue jusqu'à ce que les réserves de fluctuations de valeur aient pu être constituées en suffisance, et ce dans un but préventif comme mentionné ci-avant. On peut y voir là une inégalité de traitement avec une institution de prévoyance d'un niveau de couverture égal (environ 100 %), soit de droit privé ne bénéficiant donc pas de la garantie de l'Etat, soit également de corporation de droit public qui se serait refinancée et dont la garantie de l'Etat aurait été supprimée avant le 31 décembre 2011. La loi est toutefois claire à ce sujet.

13. Comment régler la portée de la garantie étatique, qu'est-ce qu'une garantie directe ou indirecte ?

La portée de la garantie étatique doit être précisée dans un acte législatif édicté par la corporation de droit public concernée. On parle alors de *garantie directe* donnée par la corporation de droit public à son institution de prévoyance. Ceci présuppose que l'institution de prévoyance soit dotée d'une personnalité juridique propre. A défaut, on parle de *garantie indirecte*, dans le sens d'une garantie des prestations.

Il convient de noter qu'avec les nouvelles dispositions légales, les institutions de prévoyance devront toutes être dotées de la personnalité juridique à partir du 1^{er} janvier 2014. Pour les institutions de prévoyance concernées, il s'agira de passer d'une garantie indirecte à une garantie directe (promulgation d'un acte législatif). Pour celles déjà dotées de la personnalité juridique, une révision de l'acte législatif pourrait néanmoins être nécessaire, afin de veiller à la conformité avec le nouveau droit.

14. Qu'en est-il de la garantie de l'Etat pour les assurés d'entreprises distinctes affiliées à l'institution de prévoyance de la corporation de droit public?

Les assurés d'entreprises distinctes affiliées à l'institution de prévoyance de la corporation de droit public bénéficient également de la garantie de l'Etat. Ceci ressort de l'art. 72c, al. 2, LPP.

Toutefois, nous sommes d'avis qu'une réglementation différente peut être convenue entre l'entreprise et l'institution de prévoyance au moyen de la convention d'affiliation. Celle-ci pourrait alors poser le principe que, dans les cas prévus par la loi où l'on doit recourir à la garantie de la corporation de droit public, c'est en premier lieu l'entreprise distincte qui remplit l'obligation y relative. La garantie de la corporation de droit public n'entrerait en ligne de compte qu'à titre subsidiaire, par exemple lorsque l'entreprise distincte ne dispose pas des fonds nécessaires.

15. Quand l'institution de prévoyance peut-elle prendre des mesures d'assainissement?

Nous parlons ici des éventuelles mesures d'assainissement nécessaires lorsqu'il s'avère que l'évolution financière réelle de l'institution de prévoyance s'écarte du chemin prévu par le plan de financement. Nous ne traitons pas ici le cas d'une institution de prévoyance dont la situation financière évolue comme prévu par le plan de financement et que le mécanisme du « cliquet » est respecté.

Nous avons vu ci-avant que la portée de la garantie étatique doit être réglée par un acte législatif édicté par la corporation de droit public concernée. Cet acte doit à notre avis également régler le rapport de cette garantie aux mesures d'assainissement. S'il apparaît clairement que la garantie étatique ne se rapporte pas seulement au paiement des prestations, mais contient également une garantie de couverture totale, alors on ne peut pas recourir aux mesures d'assainissement au sens des art. 65 ss LPP, pour redresser de la situation financière de l'institution de prévoyance. Dans le cas contraire, de telles mesures d'assainissement peuvent être envisagées.

L'Office fédéral des assurances sociales reste à disposition pour le cas où une question n'est pas traitée dans le présent texte.

Jurisprudence

839 Remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse: à 62 ou 64 ans pour les femmes?

En cas de remplacement d'une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse, l'institution de prévoyance (IP) peut introduire une disposition transitoire qui maintient l'âge de la retraite des femmes (62 ans) en vigueur au moment de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité.

(Référence à un arrêt du TF du 12 mars 2012, 9C_460/2011, publication ATF prévue ; arrêt en français)

(Art. 26 al. 3 et 49 al. 1 LPP, 62a OPP 2)

La question litigieuse est de savoir à quel âge (62 ou 64 ans) une institution de prévoyance (IP) peut remplacer une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse pour une femme née en 1948 et bénéficiaire d'une rente réglementaire d'invalidité depuis 2000. Le litige concerne exclusivement la prévoyance (réglementaire) plus étendue, et non pas les prestations minimales LPP. Il porte uniquement sur l'âge déterminant, et non pas sur le fait de remplacer une rente réglementaire d'invalidité par une rente réglementaire de vieillesse d'un montant inférieur (admissible selon l'art. 49 al. 1, 2^e phrase, LPP et l'ATF 130 V 369).

Le TF a admis qu'une IP puisse prévoir, dans les dispositions transitoires de son règlement, le maintien de l'âge de la retraite à 62 ans en vigueur au moment de la survenance de l'incapacité de travail qui était à l'origine de l'invalidité. Le TF a considéré qu'une telle disposition réglementaire ne viole pas le droit fédéral et respecte les principes constitutionnels d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire. De plus, l'IP dispose d'une large autonomie pour définir le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation applicables d'après l'art. 49 al. 1 LPP. Le TF a d'ailleurs admis qu'une IP n'était pas tenue de respecter l'âge légal de la retraite, soit, actuellement, 64 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes, pour fixer la naissance du droit à une rente réglementaire de vieillesse (ATF 130 V 369 consid. 6.4 p. 376; voir également arrêt 9C_1024/2010 du 2 septembre 2011 consid. 4.4). Enfin, l'art. 62a OPP 2 ne pouvait pas non plus être invoqué pour imposer le versement de la rente réglementaire d'invalidité jusqu'à l'âge de 64 ans, car cette disposition ne s'applique qu'aux prestations minimales LPP, et non pas aux prestations de la prévoyance plus étendue pour lesquelles les IP disposent d'une large autonomie.

840 Disposition réglementaire sur l'adaptation au renchérissement des rentes d'invalidité

Lorsque le règlement ne contient aucune clause permettant d'établir une distinction entre les rentes de la prévoyance professionnelle obligatoire et celles de la prévoyance plus étendue, l'adaptation au renchérissement prévue par le règlement vaut aussi pour les rentes d'invalidité de la prévoyance plus étendue en cours depuis plus de 3 ans.

(Référence à un arrêt du TF du 2 mars 2012, 9C_489/2011; arrêt en français)

La question litigieuse est de savoir si le recourant a droit à l'adaptation de sa rente d'invalidité à l'évolution des prix. L'assuré conclut à ce que l'institution de prévoyance adapte sa rente d'invalidité au renchérissement avec effet au 1^{er} janvier 2002. Le Tribunal cantonal a considéré que la rente du recourant ne devait pas être adaptée compte tenu du fait qu'elle relevait de la prévoyance plus étendue.

Le TF a admis partiellement le recours et jugé que le recourant a droit à l'adaptation de sa rente d'invalidité au renchérissement dès le 1^{er} janvier 2003. Son argumentation est la suivante: en matière de prévoyance plus étendue, la question de l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement est déterminée par le règlement de prévoyance ou par les normes de droit public applicables à l'institution de prévoyance (ATF 127 V 264 consid. 2a p. 265; arrêt B 60/99 du 25 avril 2000 consid. 3a). La disposition réglementaire de l'institution de prévoyance qui traite des rentes de survivants et d'invalidité en cours depuis plus de 3 ans prévoit leur adaptation à l'évolution des prix conformément aux prescriptions édictées par le Conseil fédéral. Or, celui-ci a adopté le 16 septembre 1987 une ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix (RS 831.426.3), laquelle prévoit qu'une première adaptation des rentes en cours depuis plus de 3 ans a lieu au début de l'année civile qui suivra (art. 1 al. 1) et que les adaptations subséquentes surviennent en même temps que celles des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 2 al. 1). Une telle adaptation n'étant pas intervenue au 1^{er} janvier 2002, la rente du recourant doit être indexée à compter du moment où est survenue la première adaptation suivant cette date, soit le 1^{er} janvier 2003 (cf. OFAS, Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 59 du 10 décembre 2001 p. 2 ch. 366, respectivement n° 65 du 31 octobre 2002 p. 11 s. ch. 395).

841 Devoir de diligence de l'institution de prévoyance lors du versement d'une prestation en capital

L'institution de prévoyance qui verse une prestation à un tiers non autorisé n'exécute en principe pas le contrat, même si elle le fait de bonne foi. La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. C'est elle qui supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non autorisée.

(Arrêt du TF du 5 avril 2012, 9C 137/2012; arrêt en allemand)

(Art. 37 LPP)

Le TF doit examiner si une institution de prévoyance peut verser avec effet libératoire l'avoir de vieillesse existant en se basant sur un document falsifié d'une organisation (Patronato Z.). La question de la violation du devoir de diligence doit être tranchée sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 130 V 103, consid. 3.3. in fine).

Le TF retient qu'une institution de prévoyance qui fournit des prestations à un tiers non autorisé ne respecte en principe pas le contrat, et cela même si elle le fait de bonne foi (arrêt 4A 536/2008 du 10 février 2009, consid. 5.2, avec références). La preuve de l'exécution correcte du contrat incombe à l'institution de prévoyance en sa qualité de débitrice contractuelle. Elle supporte en règle générale le risque d'une prestation versée à une personne non autorisée. L'instance précédente a établi d'une manière qui lie le TF la falsification de la signature figurant sur la procuration et de celle figurant sur l'ordre de paiement avec indication de la domiciliation pour le virement de la prestation en capital. L'institution de prévoyance doit en assumer les conséquences. Peu importe à ce sujet que la fondation (dans diverses procédures, notamment pour des prestations d'invalidité) ait connu Patronato Z. en tant qu'organisation sérieuse.

Dans un autre arrêt, le TF a renvoyé la cause à l'instance précédente, car il est décisif d'examiner si et dans quelle mesure les signatures en question sont falsifiées, la question litigieuse étant de savoir si une institution de libre passage pouvait solder avec effet libératoire le compte de libre passage de l'assuré B. en se basant sur la lettre de Patronato Z. (arrêt du TF du 28 mars 2012, 9C 675/2011, publication aux ATF non prévue ; arrêt en allemand).

Excursus

842 LP & LPP: prévoyance professionnelle, poursuite, saisie et faillite

Auteur: Jérôme Piegai, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, juriste à l'OFAS

Le présent article analyse les interactions entre les dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) et celles de la loi sur la prévoyance professionnelle (LPP), sous les différents angles de l'assuré (travailleur), de l'employeur et de l'institution de prévoyance.

1. Côté assuré (travailleur)

1.1. Saisie/séquestre en général

Les salariés assurés à une institution de prévoyance (ou caisse de pensions) bénéficient d'une certaine protection dans la mesure où leur capital de prévoyance ne peut faire l'objet d'**aucune saisie, ni d'aucun séquestre**¹ tant qu'il n'y a pas encore de droit exigible à des prestations de prévoyance². En effet, d'après l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, sont insaisissables « les droits aux prestations de prévoyance et de libre passage non encore exigibles à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle ». Il y a une « étroite parenté »³ entre cette disposition de la LP et l'art. 39 al. 1, 1^{re} phrase, LPP qui dispose que « le droit aux prestations ne peut être ni cédé ni mis en gage aussi longtemps que celles-ci ne sont pas exigibles » ; ces deux dispositions visent le même but de protection des droits de l'assuré à l'égard des institutions de prévoyance. Les prestations de la prévoyance professionnelle (sous forme de rente ou de capital) deviennent exigibles au moment de la naissance du droit à celles-ci selon les dispositions légales et réglementaires qui leur sont applicables⁴.

Les prestations de la prévoyance professionnelle sont donc **insaisissables** au sens de l'art. 92 LP avant l'événement/cas de prévoyance (retraite, invalidité, décès) qui fait naître le droit à celles-ci et qui entraîne leur exigibilité. Par contre, **après** la survenance de l'événement générateur du droit, les prestations de la prévoyance professionnelle deviennent **relativement saisissables** au sens de l'art. 93 LP⁵. Il s'agit là d'une différence fondamentale par rapport aux rentes du 1^{er} pilier (AVS/AI) qui sont toujours absolument insaisissables, même après l'exigibilité et le début du versement de celles-ci (art. 92 ch. 9a LP). Les prestations échues du 2^e pilier peuvent donc être saisies ou séquestrées **dans la mesure qui excède le minimum vital** (art. 93 et 275 LP)⁶. Selon l'art. 93 al. 1 LP, « tous les revenus du travail, les usufruits et leurs produits, les rentes viagères, de même que les contributions d'entretien,

¹ Selon l'art. 275 LP, « les art. 91 à 109 relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre ». Au sujet du séquestre du 2^e pilier, voir aussi les ATF [119 III 8](#), [120 III 75](#), [121 III 31](#). Selon l'art. 271 al. 1 LP, « le créancier d'une dette échue et non garantie par gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse:

1. lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe;
2. lorsque le débiteur, dans l'intention de se soustraire à ses obligations, fait disparaître ses biens, s'enfuit ou prépare sa fuite;
3. lorsque le débiteur est de passage ou rentre dans la catégorie des personnes qui fréquentent les foires et les marchés, si la créance est immédiatement exigible en raison de sa nature;
4. lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse et qu'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82, al. 1;
5. lorsque le créancier possède contre le débiteur un acte de défaut de biens provisoire ou définitif;
6. lorsque le créancier possède contre le débiteur un titre de mainlevée définitive ».

² Au sujet de la saisissabilité et de la séquestrabilité du 2^e pilier, voir aussi l'article de Franco Lorandi, « Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG) », in : Pratique juridique actuelle PJA/AJP 9/97 pp. 1171 ss. Voir aussi Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2005, pp. 345-347.

³ [ATF 126 V 258](#) en partic. consid. 3a p. 263.

⁴ Même arrêt et même considérant qu'à la note précédente. Cf. également art. 13 LPP (droit aux prestations de vieillesse), art. 18 ss LPP (prestations de survivants), art. 23 et 26 LPP (prestations d'invalidité) en relation avec les art. 28 al. 1 et 29 al. 1 à 3 de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI). Dans le régime obligatoire, pour que la rente d'invalidité LPP devienne exigible et donc saisissable, il faut qu'il y ait une décision de l'AI reconnaissant le droit de l'assuré à une rente AI : [ATF 126 V 258](#) en partic. consid. 3b p. 264.

⁵ [ATF 121 III 285](#) consid. 2 et 3.

⁶ [ATF 120 III 71](#).

les pensions et prestations de toutes sortes qui sont destinés à couvrir une perte de gain ou une prévision découlant du droit d'entretien, en particulier les rentes et les indemnités en capital qui ne sont pas insaisissables en vertu de l'art. 92, peuvent être saisis, déduction faite de ce que le préposé estime indispensable au débiteur et à sa famille » et d'après l'al. 2, 1^{re} phrase, de ce même article, « ces revenus peuvent être saisis pour un an au plus à compter de l'exécution de la saisie ».

En ce qui concerne le **calcul du minimum vital et de la quotité saisissable selon l'art. 93 LP**, les **cotisations** sociales (dans la mesure où elles ne sont pas déjà déduites du salaire), notamment les cotisations légales et réglementaires pour la prévoyance professionnelle, sont comprises dans le minimum vital insaisissable. Toutefois, les primes à payer pour des assurances non obligatoires ne peuvent pas être prises en compte⁷. Comme les **rachats** constituent des versements volontaires, facultatifs, ils ne font pas partie du minimum vital et ne sont pas déductibles du montant saisissable⁸. Les cotisations au **3^e pilier A**, elles non plus, ne sont pas comprises dans le minimum vital, car il s'agit aussi de contributions facultatives⁹.

1.2. Rentes et prestations en capital (art. 37 LPP)

Les **prestations de prévoyance** auxquelles donne droit la prévoyance professionnelle - peu importe si le fonds de prévoyance est constitué de contributions de l'employeur ou du travailleur et si les prestations sont allouées sous forme de **rente** ou de **capital** (art. 37 LPP) - ne sont que **relativement saisissables et séquestrables** au sens des art. 93 et 275 LP¹⁰. Les prestations de prévoyance versées sous forme de capital ne sont en principe que relativement saisissables et séquestrables, même si elles ont déjà été payées¹¹ ; la prestation en capital d'une institution de prévoyance professionnelle n'est saisissable qu'à concurrence de la part du capital disponible qui correspond à une rente viagère mensuelle hypothétique, déduction faite du **minimum vital** non couvert par les autres revenus, pendant une année¹².

La **veuve** du débiteur décédé, qui bénéficie d'une prestation de conjoint survivant de la prévoyance professionnelle (pilier 2a ou 2b), acquiert un droit propre (jure proprio) vis-à-vis de l'institution de prévoyance, et non pas en qualité d'héritière (jure hereditatis), de sorte que cette prestation ne tombe pas dans la masse successorale, objet d'une procédure de faillite suite à la répudiation de la succession ; comme la banque créancière de l'époux n'avait pas de créance contre la veuve de celui-ci, l'avoir du 2^e pilier du débiteur défunt ne pouvait pas être saisi¹³.

1.3. Versement en espèces de la prestation de libre passage

Le droit à la prestation de libre passage (du 2^e pilier) est insaisissable avant son exigibilité. Selon l'art. 5 al. 1 de la loi sur le libre passage (LFLP), l'assuré peut exiger le **versement en espèces** de la prestation de libre passage lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire, lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations

⁷ ATF 134 III 323.

⁸ ATF 93 III 18.

⁹ ATF 116 III 75 consid. 7a. Toutefois, le Tribunal cantonal fribourgeois a considéré que, pour un indépendant, les cotisations au 3^e pilier A font partie des dépenses nécessaires à prendre en compte dans le calcul du minimum vital (Revue fribourgeoise de jurisprudence RFJ 2002 p. 284, arrêt du 10 mai 2002).

¹⁰ ATF 113 III 10 et 118 III 16. Voir aussi l'arrêt 5A_632/2010 du 9 février 2011 : une rente du 2^e pilier peut faire l'objet d'un séquestre par l'autorité fiscale en cas de domicile à l'étranger du débiteur-assuré. Cf. également art. 78 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) d'après lequel les cantons peuvent disposer que les décisions de sûretés des autorités fiscales cantonales compétentes sont assimilées à des ordonnances de séquestre au sens de l'art. 274 LP.

¹¹ ATF 115 III 45 consid. 1, 117 III 20 consid. 4, ATF 113 III 10.

¹² ATF 115 III 45 consid. 1c et 2c.

¹³ Arrêt 7B.181/2004 du 24 septembre 2004.

de l'assuré ou lorsqu'il quitte définitivement la Suisse¹⁴. L'assuré qui ne remplit aucune des conditions fixées par l'art. 5 LFLP ne peut donc pas retirer son 2^e pilier pour rembourser ses dettes.

Tant qu'une **demande de versement en espèces** n'est pas présentée, la prestation de libre passage de l'assuré, notamment en cas de départ définitif de Suisse ou pour se mettre à son propre compte, demeure insaisissable au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et soustraite à tout séquestre¹⁵. Il faut donc que le travailleur demande expressément le paiement de sa prestation de libre passage¹⁶. La demande de paiement n'est soumise à aucune exigence de forme, de sorte que même une demande faite par téléphone entraîne l'exigibilité de la prestation de libre passage¹⁷. Dès qu'il y a une telle demande de versement en espèces, le **prestation de libre passage** devient **saisissable et séquestrable sans restriction**¹⁸. Il s'agit donc là d'une différence par rapport à la prestation de prévoyance versée en capital au sens de l'art. 37 LPP (voir le ch. 1.2 ci-dessus).

Par ailleurs, si un débiteur passe, postérieurement à l'ouverture de la **faillite**, d'une activité lucrative dépendante à une activité indépendante, et demande le paiement en espèces de sa caisse de pension, cet actif tombe dans la masse de la faillite¹⁹; le montant de l'indemnité allouée par une caisse de pension à un assuré sortant qui se trouve en faillite ne constitue pas un simple droit d'expectative qui ne rentrerait pas dans la masse en faillite; une telle indemnité ne représente pas un produit du travail qui serait soustrait à la masse; le fait que la caisse de pension déclare compenser l'indemnité de sortie avec une prétention en dommages-intérêts qu'elle posséderait contre le failli n'empêche pas non plus l'indemnité en cause de rentrer dans la masse²⁰.

La prestation de libre passage à **transférer dans une nouvelle institution de prévoyance professionnelle** (art. 3 et 4 LFLP) reste insaisissable selon l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP tant qu'il n'y a pas de demande de versement en espèces²¹.

1.4. Versements anticipés pour le logement

Du moment que l'assuré fait valoir son droit au **versement anticipé de sa prestation de libre passage pour acquérir la propriété d'un logement** (art. 30c LPP), ladite prestation devient saisissable²² comme en cas de versement en espèces. En effet, la faculté conférée à un assuré par l'art. 30c LPP d'obtenir de son institution de prévoyance le versement anticipé d'un montant lui permettant d'acquérir son propre logement est une exception au principe selon lequel le droit aux prestations ne peut être ni cédé ni mis en gage aussi longtemps que celles-ci ne sont pas exigibles (art. 39 LPP et 331b CO)²³. Lorsque l'assuré fait valoir son droit au versement anticipé, la propriété du logement acquise par ce biais représente un élément de la prestation de prévoyance ou de libre passage et remplace la part soustraite de la prestation en espèces, de sorte que la prestation servie ultérieurement, lors de la survenance d'un cas de prévoyance ou de libre passage, est réduite en conséquence²⁴. La restriction

¹⁴ Toutefois, selon l'art. 25/LFLP, le versement en espèces de la partie obligatoire LPP de la prestation de sortie est exclu lorsque l'assuré quittant la Suisse est assujéti à l'assurance obligatoire d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE : [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96](#).

¹⁵ [ATF 119 III 18](#).

¹⁶ [ATF 121 III 31](#) consid. 2b et c.

¹⁷ [ATF 121 III 31](#) consid. 2c. La révocation de la demande de versement en espèces dans le but de faire lever la saisie ou le séquestre constitue un abus de droit : [ATF 120 III 75](#) consid. 1d.

¹⁸ Cette créance n'est ainsi pas insaisissable, ni absolument selon l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP, ni relativement selon l'art. 93 LP, car le capital en question sort alors de la prévoyance professionnelle et qu'il n'y a plus obligation d'être assuré à la LPP dans les cas visés par l'art. 5 al. 1 LFLP, notamment en cas de démarrage d'une activité indépendante : [ATF 117 III 20](#) consid. 3 et 4, [118 III 18](#).

¹⁹ Art. 197 LP et [ATF 118 III 43](#).

²⁰ [ATF 109 III 80](#).

²¹ [ATF 118 III 18](#).

²² [ATF 124 III 211](#) consid. 2.

²³ [ATF 121 III 285](#) consid. 1b p. 287/288; [message du 19 août 1992 concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle](#), FF 1992 VI 233 ch. 111.22.

²⁴ Message précité, FF 1992 VI 240 ch. 133.2.

du droit d'aliéner à mentionner au registre foncier et l'obligation de rembourser en cas de vente ne signifient pas que le versement anticipé garde sa "qualification de prévoyance professionnelle". Ces mesures n'ont pas d'autre justification que de garantir de manière simple qu'un assuré ne retire pas du cercle de la prévoyance le capital anticipé qu'il a reçu pour l'utiliser à des fins de consommation²⁵. Dès lors que sont réalisées les conditions de versement d'une prestation de libre passage, celle-ci devient saisissable²⁶. Par conséquent, un **bien immobilier** acquis au moyen d'un versement anticipé au sens de l'art. 30c LPP peut être saisi²⁷.

De plus, une caisse de pensions a le droit d'exiger le **remboursement** (art. 30d LPP) d'un versement anticipé de la part de la **masse en faillite de la succession répudiée de l'assuré** décédé qui était devenu propriétaire de son logement grâce à un versement anticipé de son 2^e pilier²⁸ (d'après l'art. 193 LP, une succession répudiée est liquidée selon les règles de la faillite).

Quant à la réalisation du gage dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30b LPP), elle a déjà fait l'objet du [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55 pp. 7 ss.](#)

1.5. Institutions visées

Les principes susmentionnés en matière de saisissabilité/séquestrabilité sont applicables non seulement aux **institutions de prévoyance (caisses de pensions)** mais également aux **institutions de libre passage**²⁹, à l'**Institution supplétive** (art. 60 al. 1 LPP) ainsi qu'aux **institutions du 3^e pilier A**³⁰.

1.6. 3^e pilier A (prévoyance individuelle liée)

Le **3^e pilier A** est soumis aux **mêmes règles** de saisissabilité/séquestrabilité que le 2^e pilier. Les prestations du 3^e pilier A ayant pour but de compléter celles du 2^e pilier, admettre leur saisie ou leur séquestre avant leur exigibilité reviendrait à inciter les assurés à transférer leurs fonds au 2^e pilier ; elles entrent donc dans le champ d'application de l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et sont relativement saisissables au sens de l'art. 93 LP (dans la mesure qui excède le minimum vital)³¹. Le versement en espèces du 3^e pilier A est régi par l'art. 3 al. 2 let. d de l'ordonnance OPP 3 qui renvoie à l'art. 5 LFLP. Il est aussi possible d'obtenir un versement anticipé du 3^e pilier pour acquérir un logement (cf. art. 3 al. 3 OPP 3).

1.7. 3^e pilier B (prévoyance individuelle libre)

Une **prestation en capital du 3^e pilier B** (prévoyance individuelle libre, non privilégiée fiscalement) échappe au régime de l'insaisissabilité : elle peut être saisie au premier chef et intégralement (art. 95 al. 1 LP), à l'instar d'un avoir en banque ou un compte postal³². L'art. 92 al. 1 ch. 10 LP et l'art. 93 LP (minimum vital) ne sont donc pas applicables au 3^e pilier B.

1.8. Privilège en cas de faillite

Le travailleur-assuré bénéficie, en cas de faillite de l'institution de prévoyance, du **privilège de la première classe** « **pour toutes les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle non obligatoire** » (art. 219 al. 4 let. b LP). Le projet et le message du 8 mai 1991 concernant la révision de

²⁵ Message précité, FF 1992 VI 241 ch. 133.3.

²⁶ ATF 120 III 75.

²⁷ ATF 124 III 211 consid. 2.

²⁸ Arrêt 9C_526/2010 du 20 octobre 2010, résumé dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 121 ch. 778](#).

²⁹ Les institutions de libre passage, qui font donc aussi partie du 2^e pilier, peuvent être soit des fondations bancaires de libre passage (avec des comptes de libre passage) soit des assurances de libre passage (avec des polices de libre passage) d'après l'art. 10 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP). La prestation de prévoyance est généralement versée sous forme de capital et il y a les mêmes possibilités de versement en espèces et de versement anticipé pour acquérir un logement que dans les institutions de prévoyance (cf. art. 13 al. 1 et 2 OLP).

³⁰ ATF 128 III 467 consid. 2.2.

³¹ ATF 121 III 285 consid. 1 et 4.

³² Arrêt 5A_746/2010 du 12 janvier 2011.

la LP précisait que « le privilège reste justifié dans le domaine de la prévoyance professionnelle non obligatoire, dans la mesure où les prétentions ne sont pas couvertes par le Fonds de garantie de la LPP »³³. Mais cette réserve a été biffée lors des débats parlementaires³⁴ en 1993 et ne figure donc pas dans l'actuel art. 219 LP³⁵. Selon la jurisprudence³⁶, toutes les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle non obligatoire, et pas seulement les prétentions non couvertes par le Fonds de garantie, doivent être colloquées en première classe. D'après l'art. 56 al. 1 let. b et c LPP, le Fonds de garantie couvre, en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance, non seulement les prestations légales minimales obligatoires mais également, depuis le 1^{er} janvier 1997, les prestations réglementaires (ou surobligatoires) qui vont au-delà des prestations légales minimales obligatoires³⁷. Il couvre, à concurrence d'un plafond de 125'280 francs³⁸, les prestations de vieillesse, d'invalidité et de survivants ainsi que les prestations de libre passage (par contre, il n'a pas pour tâche d'assurer le financement nécessaire au versement des prestations³⁹; il ne couvre donc pas les éventuels manquements de l'employeur dans le paiement des cotisations⁴⁰). Si une personne n'a pas la qualité de « travailleur » (avec rapport de subordination) mais a la fonction d'organe, les créances de cette personne sont colloquées en troisième classe et non pas en première classe⁴¹.

2. Côté employeur

2.1 Situation générale

Les actifs de l'institution de prévoyance ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une exécution forcée dans le cadre d'une procédure de saisie ou de faillite dirigée contre l'employeur, car l'institution de prévoyance constitue une **personne morale juridiquement distincte** de l'employeur, de sorte que la fortune de l'institution de prévoyance est séparée du patrimoine de l'employeur (cf. art. 48 al. 2 LPP). La fortune de l'institution de prévoyance n'appartient donc pas à l'employeur/entreprise, qui ne peut donc pas s'en servir pour régler ses dettes⁴².

2.2 Dette de cotisations

L'art. 66 al. 1 LPP pose le principe de la parité des cotisations : la contribution de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations des salariés. Toutefois, selon l'art. 66 al. 2 LPP, c'est l'**employeur** qui est **débiteur** de la totalité des **cotisations** envers l'institution de prévoyance⁴³. En cas de non-paiement des cotisations LPP, l'institution de prévoyance doit donc intenter la poursuite contre l'employeur ; en cas de faillite de l'employeur, il incombe à l'institution de prévoyance, et non aux assurés, de produire la créance de cotisations dans la masse en faillite de l'employeur. D'après l'art. 66

³³ Feuille fédérale 1991 I pp. 150 et 281.

³⁴ Bulletin officiel du Conseil national du 2 mars 1993 pp. 36-37. Voir aussi l'interpellation Büttiker « Problèmes d'exécution lors de la liquidation Vera/Pevos » (98.3268).

³⁵ Les rapports du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire d'avril 2005 (p. 40) et de juin 2008 (p. 25 ch. 2.3) avaient proposé de réintroduire cette précision. Mais le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de décembre 2008 (p. 23 ch. 2.2), puis le message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (procédure de l'assainissement, FF 2010 5871) y ont renoncé.

³⁶ Arrêt du TF 2A.408/2000 et 409/2000 du 4 mai 2001 in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle RSAS/SZS 2001 p. 357 ainsi que l'ATF 129 III 468 consid. 1.4.

³⁷ Cf. initiative parlementaire Rechsteiner Paul « Prévoyance professionnelle. Amélioration de la couverture » (93.462).

³⁸ Art. 56 al. 2 LPP en relation avec l'art. 8 al. 1 LPP.

³⁹ Arrêt du TF 2A.158/1988 du 27 janvier 1989 in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle RSAS/SZS 1990 p. 311.

⁴⁰ Arrêt de la Commission fédérale de recours LPP du 27 mai 1988 in : Prévoyance professionnelle suisse PPS 1988 n° 9 p. 295.

⁴¹ Arrêt 5C.83/2005 du 18 juillet 2007 qui fait notamment référence à l'ATF 118 III 46.

⁴² Cf. communiqué de presse de l'OFAS du 25 mai 2000 ; voir aussi Jacques-André SCHNEIDER, rapport de recherche n° 9/00 « A propos des normes comptables IAS 19 et FER/RPC 16 et de la prévoyance professionnelle suisse », Aspects de la sécurité sociale, Berne, 2000, p. 26 § 58.

⁴³ Il est arbitraire de refuser la mainlevée provisoire (art. 82 al. 1 LP) pour la créance de cotisations d'une institution de prévoyance lorsque, dans la convention d'affiliation signée par le débiteur de la cotisation (employeur), le montant de celle-ci est soumis à l'adaptation périodique à l'AVS, légalement prévue, du salaire coordonné : cf. ATF 114 III 71.

al. 3 et 4 LPP, l'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié et transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (voir aussi l'art. 331 al. 3 CO). Ce transfert à une institution de prévoyance, juridiquement distincte de l'employeur, garantit que les fonds destinés à un but de prévoyance ne puissent être détournés de leur affectation, notamment en cas d'insolvabilité de l'employeur⁴⁴. Comme les cotisations appartiennent à l'institution de prévoyance, elles ne peuvent **pas** tomber dans la **masse en faillite de l'employeur**. Il en va de même pour les réserves de cotisations patronales, qui ne peuvent pas être remboursées à l'employeur mais doivent être portées au crédit des assurés en cas de fermeture de l'entreprise entraînant la résiliation du contrat d'affiliation avec l'institution de prévoyance⁴⁵.

L'employeur soumis à la poursuite par voie de faillite ne peut invoquer l'art. 43 LP lorsqu'il est poursuivi en paiement de cotisations pour la prévoyance professionnelle des salariés dues à une institution de prévoyance qui n'a pas un caractère de droit public⁴⁶. D'après l'art. 43 ch. 1 LP, la poursuite par voie de faillite est exclue pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire. Sur la base de cet article, l'exécution forcée pour le recouvrement de sommes destinées à la prévoyance professionnelle des salariés a lieu par voie de saisie (et non de faillite) contre un débiteur inscrit au registre du commerce (art. 39 LP), par exemple contre une société anonyme, seulement lorsque le créancier est une institution de droit public⁴⁷.

En revanche, ce n'est pas l'employeur mais l'institution de prévoyance qui est débitrice des **prestations de prévoyance** (rentes, prestations en capital, prestations de libre passage, versements anticipés pour le logement), d'après les différentes dispositions de la LPP (cf. notamment art. 48 et 49 LPP)⁴⁸.

Toutefois, une caisse de pensions a le droit de compenser le versement en espèces de la prestation de sortie d'un **assuré** avec une créance en dommages-intérêts (action en responsabilité) qu'elle prétend détenir à l'encontre de cette même personne qui est **aussi l'administrateur unique d'une SA (employeur) qui n'a pas payé les cotisations LPP et qui a fait faillite**. En l'occurrence, un acte de défaut de biens avait été délivré à la caisse de pensions pour un montant correspondant aux cotisations LPP impayées par la SA déclarée en faillite ; le TF a confirmé que, dans ce cas, l'arriéré des cotisations LPP impayées pouvait être déduit de la prestation de sortie versée en espèces⁴⁹.

3. Côté institution de prévoyance

3.1 Situation générale

Les institutions de prévoyance peuvent faire l'objet d'une procédure de poursuite, saisie ou faillite comme n'importe quel autre débiteur. L'art. 39 LP précise quelles sont les personnes soumises à la poursuite par voie de faillite, en mentionnant notamment la société coopérative (ch. 10) et la fondation (ch. 12). Or, selon l'art. 48 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance enregistrées doivent revêtir la forme d'une fondation ou d'une société coopérative, ou être une institution de droit public. Les institutions de prévoyance qui remplissent les conditions de l'art. 39 LP peuvent donc faire l'objet d'une procédure de

⁴⁴ Cf. Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean-Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004 p. 189 N 4 ad art. 331.

⁴⁵ ATF 130 V 518 consid. 5 ; cf. également Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 3 ch. 24, n° 8 ch. 46 et n° 24 ch. 148.

⁴⁶ ATF 118 III 13 ; en l'occurrence il s'agissait de l'Institution supplétive.

⁴⁷ ATF 115 III 89 consid. 2. Voir aussi l'art. 48, al. 2, LPP.

⁴⁸ Au sujet des cas exceptionnels « hors LPP » dans lesquels c'est l'employeur qui verse des retraites anticipées, voir l'ATF 134 III 102, la question ordinaire Widmer « Sécurité des rentes en cas de préretraite » (01.1131) et le postulat Schwaab « Garantir les retraites anticipées en cas de faillite de l'ex-employeur » (12.3088).

⁴⁹ Arrêt 9C 203/2007 du 8 mai 2008, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 107 ch. 660.

faillite ; mais celle-ci reste très rare et les avoirs de prévoyance des assurés ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée pour des dettes de l'institution de prévoyance (cf. art. 92 al. 1 ch. 10 et 197 al. 1 LP). Par ailleurs, en cas de refus de l'institution de prévoyance de donner suite aux dispositions du jugement de divorce relatives au partage de la prestation de sortie, l'ex-époux bénéficiaire doit procéder par la voie de l'exécution forcée contre l'institution de prévoyance de l'autre ex-conjoint, le jugement de divorce constituant à cet égard un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP (en relation avec les art. 122 CC, 22 LFLP, 280 al. 2 et 281 al. 2 CPC)⁵⁰.

3.2 Privilège en cas de faillite

Les institutions de prévoyance bénéficient du **privilège de la première classe en cas de faillite** d'un **employeur affilié** pour **toutes** leurs créances contre celui-ci, quel que soit leur fondement juridique, c'est-à-dire non seulement pour les cotisations dues par l'employeur mais également d'autres créances telles que des prêts octroyés à l'employeur (cf. art. 219 al. 4 let. b in fine LP)⁵¹. Le privilège dans la faillite comprend aussi les créances de l'institution de prévoyance à l'égard de l'employeur affilié dérivant d'emprunts par obligations⁵². Un employeur est « affilié » lorsque ses employés sont assurés auprès d'une institution de prévoyance qu'il a constituée lui-même ou avec laquelle il a conclu une convention d'affiliation⁵³.

3.3 Insolvabilité, liquidation, faillite et intervention du Fonds de garantie

En pratique, dans les rares cas où une institution de prévoyance⁵⁴ devient insolvable, la procédure de faillite LP est le plus souvent « éclip­sée » par la procédure de **liquidation totale LPP** ainsi que par l'intervention du **Fonds de garantie LPP**. En effet, les institutions de prévoyance sont généralement liquidées sans mise en œuvre de la procédure d'exécution forcée de la LP mais suite à une décision de l'autorité de surveillance LPP qui ouvre la procédure de liquidation et se prononce sur la capacité d'assainissement par le biais d'une décision formelle⁵⁵. La liquidation totale est régie par les art. 53c et 53d LPP, 18a LFLP, 27g et 27h OPP 2. Il peut certes aussi arriver qu'une institution de prévoyance soit liquidée dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée LP, la décision appartenant alors au juge de faillite. Mais en 25 ans, le Fonds de garantie a été confronté seulement à deux reprises à des liquidations d'institutions de prévoyance par la voie de l'exécution forcée selon la LP⁵⁶. L'Office des faillites du canton de Genève n'a pas rencontré de cas de liquidation d'une caisse de pension par voie de faillite durant ces 12 dernières années ; les Offices des faillites de Berne-Mittelland et d'Oerlikon-Zürich n'ont pas connu non plus de cas de faillite d'une institution de prévoyance⁵⁷. Les procédures de faillite concernant des institutions de prévoyance sont donc très rares en pratique. Sur internet, l'auteur a seulement trouvé les cas de faillite de la « Caisse de pensions en faveur du personnel de Asmac SA Bussigny en liquidation » et la « Fondation de prévoyance en faveur du personnel de l'Entreprise Grand SA en liquidation » (aussi publiés aussi dans la Feuille officielle suisse du commerce). Dans ces deux cas, il y a eu une **procédure de liquidation sommaire de la faillite** prévue « 1. lorsque le produit des biens inventoriés ne suffira probablement pas à couvrir les frais de liquidation ou que 2. le cas est simple » (art. 231 LP).

⁵⁰ ATF 129 V 444 consid. 5.3.

⁵¹ ATF 129 III 468.

⁵² ATF 135 III 171 consid. 4.3, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 111 ch. 688.

⁵³ ATF 129 III 476.

⁵⁴ Par contre, il n'y a pas d'intervention du Fonds de garantie pour les institutions de libre passage, car celles-ci ne sont pas affiliées au Fonds de garantie d'après l'art. 57 LPP. Mais une personne a la possibilité de changer en tout temps d'institution de libre passage d'après l'art. 12, al. 2, OLP. Au sujet de la protection des avoirs de libre passage en cas de faillite, voir le chiffre 3.4.

⁵⁵ Cf. Beat CHRISTEN, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 908 N 14 ad art. 56 LPP.

⁵⁶ L'auteur remercie le Fonds de garantie pour les renseignements fournis.

⁵⁷ L'auteur remercie ces trois offices pour les renseignements fournis.

L'intervention du **Fonds de garantie** en cas d'insolvabilité d'une institution de prévoyance est régie par l'art. 56 al. 1 let. b et c LPP ainsi que par les art. 24 ss de l'ordonnance sur le Fonds de garantie (OFG). D'après l'art. 26 OFG, qui précise la forme et l'étendue de la garantie, le Fonds de garantie couvre le montant manquant à l'institution de prévoyance pour remplir ses engagements légaux et réglementaires. En cas de liquidation d'une institution de prévoyance suite à une décision de l'autorité de surveillance, le Fonds de garantie exige principalement l'application par analogie des dispositions suivantes de la LP : l'art. 219 LP régissant l'ordre des créanciers et l'art. 262 LP sur les frais de procédure. Selon l'art. 219 al. 4 let. b LP, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle non obligatoire doivent être colloquées en première classe⁵⁸. Ainsi, les prétentions d'assurés relevant de l'assurance surobligatoire LPP devront être colloquées en première classe. En application de l'art. 262 LP, les frais d'ouverture de la faillite, de liquidation et de prise d'inventaire doivent être couverts en premier lieu par le produit de réalisation.

La notion d'**insolvabilité** est définie à l'art. 25 OFG : des institutions de prévoyance ou des collectifs d'assurés sont réputés insolubles lorsqu'ils ne peuvent pas fournir les prestations légales ou réglementaires dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible ; un assainissement est réputé impossible lorsque: a. une institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de faillite, d'une procédure de liquidation ou d'une procédure analogue; b. dans le cas d'un collectif d'assurés, l'employeur fait l'objet d'une procédure de mise en faillite ou d'une procédure analogue. Par procédure analogue, on entend toute procédure prévue par la LP et, par conséquent, aussi le concordat judiciaire⁵⁹. La dissolution d'une institution de prévoyance pour insolvabilité ne peut être prononcée que si son assainissement n'est plus possible (au sujet de l'assainissement du découvert, voir l'art. 65d LPP). D'après l'art. 25 al. 3 OFG, l'autorité de surveillance LPP informe dans tous les cas la direction du Fonds de garantie lorsqu'une procédure de liquidation, une procédure de faillite ou une procédure analogue a été ouverte contre une institution de prévoyance et lui fournit une attestation à ce sujet (art. 24 al. 2 et 25 al. 3 OFG). Le Fonds de garantie intervient le plus souvent en cas d'insolvabilité d'un **collectif d'assurés**⁶⁰ lorsqu'un employeur affilié est en retard dans le paiement des primes dues et fait l'objet d'une procédure de mise en faillite ou d'une procédure analogue, notamment un concordat (art. 25 al. 1 et 2, let. b, OFG). Dans près de la moitié des cas avec des prestations du Fonds de garantie, la faillite introduite contre l'employeur a été suspendue faute d'actif⁶¹. Par contre, les cas d'insolvabilité de **fondations de prévoyance** restent tout à fait exceptionnels (en 2011, 5 cas de fondations insolubles pour 2499 cas d'insolvabilité ; en 2010, 7 cas de fondations insolubles pour 1988 cas d'insolvabilité⁶²).

Le demandeur de prestations du Fonds de garantie est l'institution de prévoyance devenue insolvable ou le détenteur des droits du collectif d'assurés devenu insolvable (art. 24 al. 1 OFG). Le Fonds de garantie peut accorder des avances jusqu'à la clôture de la procédure de faillite ou de liquidation (art. 26 al. 1 OFG), ce qui permet notamment de transférer des prestations de sortie avant la fin d'une procédure de liquidation, qui peut durer longtemps. La direction du Fonds de garantie détermine pour chaque cas particulier la forme de garantie la plus appropriée (art. 26 al. 2 OFG). D'après l'al. 3 de ce même article, le Fonds de garantie fournit la garantie, conformément à son affectation, à l'institution de prévoyance devenue insolvable ; l'administration de la faillite ou de la liquidation est tenue de gérer les ressources reçues à titre de garantie séparément de la masse en faillite ou en liquidation ; si les assurés sont affiliés à une nouvelle institution de prévoyance ou à une institution de libre passage (art. 4, al. 1, LFLP), l'administration de la faillite ou de la liquidation a le devoir de transmettre les ressources reçues à titre

⁵⁸ Cf. CHRISTEN, op. cit. p. 909 N 16 ad art. 56 LPP.

⁵⁹ Cf. CHRISTEN, op. cit. p. 908 N 13 ad art. 56 LPP.

⁶⁰ Ou « caisse de pensions affiliée » (en allemand : « Vorsorgewerk ») : cf. art. 56 al. 3 LPP. Voir aussi FF 2008 pp. 7669 et 7674.

⁶¹ Cf. p. 12 du rapport de gestion 2010 et p. 12 du rapport de gestion 2011 du Fonds de garantie LPP.

⁶² Cf. p. 4 du rapport de gestion 2010 et p. 4 du rapport de gestion 2011 du Fonds de garantie LPP.

de garantie à ladite institution. En 2002, le Fonds de garantie s'est mis à verser lui-même directement des rentes⁶³. D'après l'art. 26 al. 4 OFG⁶⁴ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, le Fonds de garantie peut reprendre à son compte les cas de prestations gérés par des institutions de prévoyance insolvable ; le conseil de fondation peut édicter un règlement à cette fin ; celui-ci doit être soumis à la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle pour approbation.

3.4 Institutions de libre passage et du 3^e pilier A

La protection contre la faillite a été renforcée pour les **titulaires de comptes de libre passage ou de comptes du 3^e pilier A** : en cas de faillite de la fondation bancaire de libre passage ou de la fondation bancaire 3a, ils sont privilégiés à concurrence de 100'000 francs depuis le 20 décembre 2008⁶⁵ (au lieu de 30'000 francs précédemment). En effet, selon l'art. 37a al. 5 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB), « les créances des fondations bancaires reconnues comme institutions de prévoyance au sens de l'art. 82 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ainsi que les créances des fondations de libre passage reconnues comme institutions de libre passage au sens de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage 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 » (selon l'al. 1 de l'art. 37a LB, « 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, LP »). D'après l'art. 37b al. 1 LB, ces dépôts privilégiés sont remboursés immédiatement, hors de la collocation, à partir des actifs liquides disponibles, toute compensation étant exclue. L'art. 19 al. 2 OLP et l'art. 5 al. 2 OPP 3 font référence à la LB.

Quant aux titulaires de **polices d'assurances-vie de libre passage et de d'assurances-vie 3a**, ils bénéficient de la protection suivante : en cas de faillite d'un assureur, le produit de la fortune liée sert en premier lieu à les désintéresser, avant tous les autres créanciers (cf. art. 17 et 54a al. 2 de la loi sur la surveillance des assurances LSA). Voir aussi l'art. 27 al. 1 de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (en consultation jusqu'au 30 juin 2012 et dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2013) : « Dans la mesure où, conformément à l'art. 17 LSA, une fortune liée doit être constituée afin de garantir des créances, celles-ci sont colloquées avant la première classe selon l'art. 219, al. 4, LP ».

3.5 Institution supplétive

En ce qui concerne l'Institution supplétive, les décisions de celle-ci en matière d'affiliation d'employeur et de cotisations (art. 60 al. 2 let. a et b LPP et 12 al. 2 LPP) sont assimilables à des jugements exécutoires et constituent un titre de mainlevée définitive d'après l'art. 60 al. 2bis LPP en relation avec l'art. 80 LP. Si, après avoir introduit la poursuite, l'Institution supplétive rend une décision sur le fond et prononce elle-même la mainlevée définitive de l'opposition formée par l'employeur, elle doit ensuite requérir la continuation de la poursuite⁶⁶. Mais le concordat homologué est opposable aux créances privilégiées qui n'ont pas été produites ; il est notamment opposable à l'Institution supplétive, à laquelle il appartient de produire sa créance dans la procédure pour préserver ses droits, au besoin en requérant le concours du commissaire au sursis⁶⁷.

⁶³ Cf. CHRISTEN, op. cit. p. 909 N 17 ad art. 56 LPP et p. 13 du rapport de gestion 2002 du Fonds de garantie LPP.

⁶⁴ Pour un commentaire des dispositions de l'OFG, voir les Bulletins de la prévoyance professionnelle n° 41 pp. 17 ss et n° 123 pp. 74-75.

⁶⁵ Recueil officiel 2009 p. 55 et 2011 pp. 3921-3922 ; cf. également Bulletins de la prévoyance n° 110 ch. 675 et n° 124 ch. 798. Pour une documentation détaillée, voir les dossiers « Curia Vista » 08.076 et 10.049.

⁶⁶ ATF 134 III 115 consid. 3 et 4 ; voir aussi arrêt C-2581/2011 du TAF du 9 février 2012 consid. 2.2.

⁶⁷ Art. 300, 301, 306 al. 2 ch. 2 et 310 al. 1 LP et ATF 130 V 526 consid. 2 et 4.4.

3.6 Fondations de placement

L'art. 53i LPP (relatif à la fortune de la fondation de placement) précise, à son alinéa 4, qu'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, que cette disposition s'applique par analogie en cas de concordat par abandon d'actifs et que 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. Un droit de distraction a ainsi été introduit pour assurer la protection des investisseurs, car les actifs placés doivent être considérés comme propriété fiduciaire. L'art. 53i LPP s'est inspiré de l'art. 35 de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC).

3.7 Communication de données aux offices des poursuites

Signalons pour finir que les institutions de prévoyance doivent **renseigner les offices des poursuites** conformément à l'art. 86a al. 1 let. d LPP. Selon cette disposition légale, des données peuvent être communiquées, dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée aux offices des poursuites, conformément aux art. 91, 163 et 222 LP. La communication aux offices des poursuites a été ajoutée suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 1998, dont il ressort que les assurances sociales doivent leur fournir les données qu'ils sont en droit de leur demander en vertu de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite⁶⁸. Les art. 91, 163 et 222 LP régissent respectivement les devoirs du débiteur et des tiers lors de la saisie, l'inventaire des biens et l'obligation de renseigner et de remettre les objets en cas de faillite.

4. Bibliographie

Beat CHRISTEN, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, pp. 907-912; BVG und FZG Handkommentar, Bern 2010, pp. 926-931.

Michèle DUPUIS, Zugriffsmöglichkeiten auf Vorsorgeleistungen in der Zwangsvollstreckung: die Pfändungsmöglichkeiten bei der 2. und der Säule 3a, Der Schweizer Treuhänder 1995 pp. 525-527.

Simone EMMEL/Hans-Ulrich STAUFFER, Alle Forderungen im Konkurs des Arbeitgebers privilegiert : Bundesgericht bestätigt Schutz der Pensionskasse, Schweizer Personalvorsorge 2008 Nr. 11 pp. 94-95; Créances privilégiées lors de la faillite de l'employeur : le Tribunal fédéral réitère la protection de la caisse de pensions, Prévoyance professionnelle suisse PPS 2008 n°11 p. 96.

Pierre-Robert GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. 2 pp. 97 ss ch. 2.4.11, pp. 129 ss ch. 2.1.5 et pp. 142-143 N 116 (Lausanne 2000) et vol. 3 p. 493 N 82 et 83 (Lausanne 2001).

Vincent JEANNERET, Commentaire romand Poursuite et faillite, Bâle 2005, p. 977 N 20.

Jolanta KREN KOSTKIEWICZ/Kurt STÖCKLI/Phillipp POSSA, Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Daniel Hunkeler Hrsg.), Bâle 2009, pp. 391-392 N 71-74, p. 413 N 42-44 et p. 890 N 28.

Franco LORANDI, Basler Kommentar vol. II, Basel 2010, pp. 1951 ss N 222 ss et p. 1963 N 302.

Franco LORANDI, « Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG) », in : Pratique juridique actuelle/Aktuelle juristische Praxis PJA/AJP 9/97 pp. 1171 ss.

⁶⁸ ATF 124 III 170 ; voir aussi le message du 24 novembre 1999 concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales du 24 novembre 1999, Feuille fédérale 2000 219 ss, en partic. p. 228 ; cf. également Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 48 ch. 278.

Michel OCHSNER, Commentaire romand Poursuite et faillite, Bâle 2005, pp. 403-404 N 162-179, p. 418 N 51 et p. 420 N 66.

Hansjörg PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, pp. 488-490, 500-501, 510-511 et 939.

Hans Michael RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle/Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge RSAS/SZS 1996 p. 246.

Samuel SIGRIST, Die Vermögensrechte der Destinatäre von betrieblichen Personalvorsorgeeinrichtungen im Lichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, thèse Zurich, 1967.

Karin SOMMA/Rudolf KÜNG, Keine Pfändung vor Fälligkeit, Schweizer Personalvorsorge 1994 Nr. 6 pp. 257-261.

Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, pp. 345-347.

Georges VONDER MÜHLL, Basler Kommentar vol. I, Bâle 2010, pp. 881-883 N 39-42, p. 899 N 12-14.