BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 1

du 24 octobre 1986

TABLE DES MATIERES

Avant-propos

1 Effet rétroactif de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance enregistrée

2 Prestations de survivants pour la femme divorcée

3 Prestation de libre passage versée en espèces et prestation de vieillesse servie en capital

4 Versement de la prestation de libre passage en espèces en cas de départ définitif pour l'étranger

5 L'imposition d'un délai d'attente dans les cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage

6 Délai à observer pour l'instauration de la gestion paritaire dans les institutions de prévoyance enregistrées et pour la désignation d'un organe de contrôle selon la LPP

7 Reconnaissance de bureaux de révision internes comme organes de contrôle des institutions de prévoyance

8 Reconnaissance de services communaux de contrôle des finances comme organes de contrôle LPP

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS.

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Avant-propos

Ce n'est un secret pour personne que la LPP et ses ordonnances d'exécution posent de nombreux problèmes d'application. Aussi l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) est-il souvent appelé à donner son avis sur les questions les plus diverses. Il s'agit tantôt d'interpréter les dispositions en vigueur à la lumière des travaux préparatoires, tantôt de combler des vides juridiques quand surviennent des situations imprévues.

Comme les questions posées sont souvent d'un intérêt général, nous nous sommes demandés comment diffuser plus largement ces prises de position de l'OFAS.

Il existe déjà de nombreux bulletins et revues qui fournissent des informations en matière de prévoyance professionnelle. Mais, ou bien il s'agit de publications privées, liées à des institutions particulières, ou bien il s'agit de revues publiées à intervalles réguliers, en général assez espacés, et dont le contenu est planifié à long terme. Or, nous devons disposer d'un moyen d'information souple et rapide, destiné avant tout aux personnes, autorités et institutions qui sont en rapport permanent avec l'OFAS. C'est ainsi qu'est née l'idée du présent Bulletin de la prévoyance professionnelle, qui s'inspire largement des expériences déjà faites par notre office dans d'autres domaines des assurances sociales.

Les textes publiés dans le bulletin n'auront pas valeur de directives, à moins que ce ne soit expressément précisé, et il va sans dire que les avis donnés le seront toujours sous réserve de la jurisprudence. Son contenu peut être reproduit dans d'autres publications, avec indication de la source, ou diffusé auprès d'un cercle plus étendu de lecteurs.

Ce bulletin est adressé aux autorités de surveillance LPP, aux autorités judiciaires compétentes en matière de prévoyance professionnelle, aux institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS, aux membres de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, ainsi qu'à diverses personnes et organisations particulièrement intéressées à l'application de la prévoyance professionnelle.

Nous souhaitons que cette modeste publication contribue à clarifier le domaine de la prévoyance professionnelle, à éliminer des malentendus, et à faciliter la tâche des praticiens.

1. Effet rétroactif de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance enregistrée

(art. 11 LPP)

L'employeur qui occupe des salariés soumis à la LPP doit s'affilier à une institution de prévoyance inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Cette affiliation est effectuée au moyen d'un contrat conclu entre lui et la fondation, société coopérative ou institution de droit public concernée.

L'affiliation a lieu, selon l'article 11, 3e alinéa, LPP, avec effet rétroactif. Celui-ci

remonte jusqu'à la date où l'employeur a occupé au moins un salarié assujetti à la prévoyance professionnelle obligatoire sans s'être affilié, pour ce salarié, à une autre institution de prévoyance. Si l'employeur n'a été affilié - à tort - ni à l'institution supplétive, ni à une autre institution de prévoyance depuis l'entrée en vigueur de la LPP (1er janvier 1985), le contrat d'affiliation rétroagit à la date de cette entrée en vigueur.

Les trois exemples ci-après montrent brièvement quels sont les effets de cette réglementation:

Cas no I
Un employeur occupe, depuis le 1er juillet 1984, un salarié qui est soumis à la prévoyance obligatoire et pour lequel il n'existe aucun motif d'exclusion. C'est seulement à partir du 1er janvier 1986 qu'il s'est affilié à une institution de prévoyance enregistrée. Le contrat conclu dans ce but rétroagit, selon la loi, au 1er janvier 1985 (entrée en vigueur de la LPP). Il en résulte que l'employeur doit payer à ladite institution des cotisations dès le 1er janvier 1985 (art. 66, 2e al., LPP). D'autre part, ladite institution doit prendre en charge, à partir de la même date, des prestations éventuelles pour les cas de vieillesse, d'invalidité ou de décès, ou encore d'éventuelles prestations de libre passage. Cette obligation légale de verser des prestations ne vaut que pour le secteur obligatoire.

Cas no II

Un autre employeur occupe également, depuis le 1er juillet 1984, un salarié soumis à la LPP; il a, lui aussi, omis de s'affilier pour lui à une institution de prévoyance enregistrée. Le salarié met fin à ses rapports de travail le 31 décembre 1985. A défaut d'une affiliation à une telle institution, l'institution supplétive doit, en vertu de la loi, payer la prestation de libre passage.

D'une manière générale, il faut noter que pendant la période durant laquelle un employeur, en violation de ses devoirs, n'a pas été affilié à une institution de prévoyance, il existe dans tous les cas une protection de prévoyance dans le secteur obligatoire grâce à l'institution supplétive. Lorsque celle-ci prend en charge - en vertu d'une obligation légale - un cas de prévoyance, l'employeur négligent lui est affilié de par la loi. Elle peut exiger de cet employeur le paiement des cotisations arriérées et, éventuellement un supplément à titre de réparation. Si cela n'est plus possible, elle peut faire valoir ses droits envers le fonds de garantie LPP.

Cas no III

L'institution supplétive doit prendre en charge un cas de prévoyance en vertu de la loi. Après la survenance de ce cas et l'affiliation forcée qui en résulte, l'employeur s'affilie à une autre institution de prévoyance; cette affiliation peut se faire avec effet immédiat ou rétroactif. Si c'est avec effet immédiat, il faut simplement fixer la date exacte à laquelle les droits et obligations passent de l'institution supplétive à la nouvelle institution; la continuité de la prévoyance est alors garantie. Si l'affiliation a lieu avec effet rétroactif, elle déploie ses effets à partir de la date où l'employeur aurait dû être affilié et ne l'était pas; l'institution supplétive est libérée de ses obligations et ses droits correspondants deviennent caducs. Les prestations de

prévoyance déjà versées font l'objet d'un décompte.

L'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance enregistrée, notamment en ce qui concerne l'effet rétroactif du contrat d'affiliation, pose encore de nombreux problèmes. Nous reviendrons plus tard sur l'un ou l'autre d'entre eux.

2. Prestations de survivants pour la femme divorcée

(art. 19, 3e al., LPP; art. 20 OPP2)

La femme divorcée est assimilée à la veuve si son mariage a duré dix ans au moins et si elle a reçu, de son ex-mari, des contributions d'entretien. Cela signifie, pour l'essentiel, que les prestations qu'elle touche en qualité de survivante sont calculées sur la même base que celles de la veuve (art. 19 et 21 LPP). Peu importe, à cet égard, que le mari décédé ait aussi laissé ou non une veuve ayant droit à la rente; en outre, les droits de la veuve ne seront pas amoindris par les prestations dues à la femme divorcée.

L'article 20 OPP 2 vise donc à compenser la perte de soutien que la femme divorcée a subie par suite de la suppression de ces contributions d'entretien. Si elle reçoit, en même temps, des prestations d'autres assurances, telles que des assurances sociales suisses ou étrangères (AVS, AI) ou des institutions de prévoyance au sens de l'article 24, 2e alinéa, OPP 2, la perte de soutien diminue en conséquence, si bien que l'institution de prévoyance ne doit compenser que la perte de soutien qui reste. Cette règle de l'article 20, 2e alinéa, OPP 2 vise à empêcher, comme les autres dispositions de la LPP prévoyant des réductions, une surindemnisation injustifiée.

En ce qui concerne l'application pratique, on peut faire les remarques suivantes:

- Si l'obligation d'entretien est limitée dans le temps selon le jugement de divorce, le droit de la femme divorcée aux prestations ne dure que jusqu'à l'expiration de ce délai. Si l'époux divorcé est décédé seulement après cette date, la femme n'a droit à aucune prestation, parce qu'il n'y a pas eu, dans ce cas, perte de soutien.

- Si le jugement de divorce prévoit des contributions d'entretien non pas sous forme de rente, mais sous forme d'indemnité en capital, la question déterminante est de savoir ce qui doit être compensé par ce versement. Il importe avant tout de savoir si la perte, consécutive au divorce, du droit d'expectative à une future rente de veuve a été prise en considération dans le calcul de cette indemnité. Si tel est le cas, la femme divorcée ne peut plus, ultérieurement, demander encore une fois une prestation de survivante, comme si elle était veuve.

- Les prestations versées par d'autres assurances (art. 20, 2e al., OPP2), mentionnées ci-dessus, doivent l'être en corrélation avec le décès de l'époux divorcé, c'est-à-dire que leur octroi doit résulter de cet événement. Entre en ligne de compte, par exemple, la rente de veuve de l'AVS payable à la femme divorcée (art. 23, 2e al., LAVS). Si, en revanche la femme touche une rente simple de vieillesse de l'AVS, celle-ci ne peut être prise en compte, puisqu'elle a pris naissance par suite d'un autre événement assuré. Toutefois, si cette

rente de vieillesse subit une augmentation par suite du décès de l'époux divorcé (art. 31, 3e al., LAVS), l'institution de prévoyance peut en tenir compte dans le calcul de ses prestations.

3. Prestation de libre passage versée en espèces et prestation de vieillesse servie en capital

(art. 27,2e al., 30 et 37 LPP)

La LPP prévoit l'octroi d'une prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. Lorsque certaines conditions sont remplies, cette prestation peut être versée en espèces, notamment dans les cas suivants: départ définitif pour l'étranger, établissement à son propre compte, fin de l'activité lucrative exercée par une femme mariée.

Mais cette disposition n'est applicable - cela ressort clairement des termes de l'article 27 LPP - que si l'assuré n'a droit à aucune prestation pour cause de vieillesse ou d'invalidité au moment où il quitte l'institution de prévoyance. Il en va d'ailleurs de même dans la prévoyance libre, régie par les articles 33la et 331b du code des obligations. Par conséquent, l'assuré qui a atteint la limite d'âge (65 ans pour les hommes, 62 ans pour les femmes), n'a plus droit à une prestation de libre passage mais seulement à des prestations de vieillesse.

Il en va de même des personnes qui, en vertu du règlement de leur caisse, ont droit à la retraite avancée. Celui qui remplit les conditions de la retraite avancée n'a plus droit à une prestation de libre passage mais seulement à des prestations de vieillesse. Cette possibilité est prévue à l'article 13, 2e alinéa, LPP, qui permet de faire coïncider la naissance du droit aux prestations de vieillesse avec la fin de l'activité lucrative.

Contrairement à la prestation de libre passage, la prestation de vieillesse est versée en règle générale sous la forme d'une rente. Il y a certes des exceptions (l'assuré veut consacrer la moitié de la prestation de vieillesse qui lui est due à l'acquisition de son propre logement, aux conditions fixées à l'art. 37, 4e al., LPP). Il se peut également que l'institution de prévoyance admette, dans son règlement, le versement de prestations de vieillesse sous la forme d'un capital; mais elle n'y est pas obligée. Par conséquent, un assuré qui atteint l'âge de la retraite et qui a l'intention de quitter définitivement la Suisse ne peut pas exiger le versement d'une prestation de vieillesse en capital en s'appuyant sur une disposition légale régissant le versement de la prestation de libre passage en espèces.

4. Versement de la prestation de libre passage en espèces en cas de départ définitif pour l'étranger

(art. 30, 2e al., let. a, LPP et art. 331c, 4e al., let. b, eh. 1, CO)

Les dispositions ci-dessus prévoient que la prestation de libre passage est payée en espèces lorsque la demande en est faite par un ayant droit qui "quitte définitivement la Suisse". Or il arrive parfois que des salariés renoncent à leur départ ou reviennent en Suisse sitôt après avoir obtenu le paiement en espèces de leur prestation de libre passage. De tels abus ne sont pas admissibles et la question se pose de savoir

comment les empêcher.

La suggestion a été faite d'obliger les salariés qui reviennent en Suisse dans de telles conditions de rembourser à leur institution de prévoyance la prestation de libre passage dont ils ont obtenu abusivement le paiement en espèces. Mais une telle solution n'est toutefois guère réalisable dans la pratique. Non seulement elle reposerait sur une base juridique fragile, mais encore l'institution de prévoyance qui a payé la prestation de libre passage en espèces n'a aucun intérêt à ce que ce montant lui soit remboursé, dès lors que le salarié a quitté l'entreprise. Il lui faudrait le transférer sur-le-champ à l'institution de prévoyance du nouvel employeur, ou faire établir une police ou un compte bancaire de libre passage.

Il n'est pas non plus possible de combattre ce genre d'abus en refusant systématiquement au travailleur étranger qui s'en est rendu coupable le droit de revenir en Suisse. L'article 9, 3e alinéa, de la loi fédérale du 26 mars 1931, sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), dispose que l'autorisation d'établissement prend fin "lorsque l'étranger annonce son départ ou qu'il a séjourné effectivement pendant six mois à l'étranger; sur demande présentée au cours de ce délai, celui-ci peut être prolongé jusqu'à deux ans". Or, dans un récent arrêt du 23 avril 1986, le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler à une annonce de départ, au sens de la LSEE, la déclaration faite par un étranger à son employeur qu'il allait quitter définitivement la Suisse. L'annonce de départ, pour mettre fin à l'autorisation d'établissement, doit en effet être adressée à la police des étrangers compétente. Même si la déclaration du salarié à son employeur n'était pas correcte, et qu'elle a été faite dans le seul but d'obtenir le versement en espèces de la prestation de libre passage, elle ne saurait déployer des effets dans le domaine du droit d'établissement.

Le Tribunal fédéral est d'avis que c'est aux institutions de prévoyance et aux autorités compétentes en matière de prévoyance professionnelle qu'il appartient de prendre des mesures propres à empêcher de tels abus. C'est à elles de veiller à ce que la prestation de libre passage ne soit versée en espèces que sur la base d'une attestation de la police des étrangers établissant que le droit d'établissement est définitivement éteint.

Cette remarque du Tribunal fédéral devrait engager les institutions de prévoyance à exiger systématiquement une telle attestation, chaque fois qu'un étranger au bénéfice d'un permis d'établissement ou de séjour demande le versement de la prestation de libre passage en espèces en invoquant son départ définitif pour l'étranger. Dans nombre de cas, une telle pièce devrait pouvoir être considérée comme une preuve suffisante que le requérant quittera définitivement la Suisse. En cas de doute (par exemple lorsque le requérant a épousé une Suissesse et qu'il n'est de ce fait pas soumis aux mesures de contingentement de la main d'œuvre étrangère), il convient d'exiger de lui des pièces justificatives supplémentaires établissant, par exemple, qu'il a pris un emploi durable à l'étranger, en dehors de la région frontalière, et qu'il y a acquis un logement pour lui et sa famille.

Quant aux saisonniers, leur situation se présente sous un jour différent, du fait qu'ils n'ont de toute manière aucune garantie de pouvoir revenir en Suisse l'année suivante (contingentement). Le caractère définitif de leur départ n'apparaît le plus souvent

qu'après un certain temps. Dans leur cas, il est par conséquent en général justifié de subordonner à un délai d'attente approprié (par ex. 6 mois ou une année) le versement en espèces de leur prestation de libre passage.

5. L'imposition d'un délai d'attente dans les cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage

(art. 30, 2e al., LPP et art. 331c, 4e al., let. b, CO)

On peut constater dans la pratique que des règlements d'institutions de prévoyance font dépendre le paiement en espèces de la prestation de libre passage de l'observation d'un délai d'attente (3 mois, 6 mois, 1 année et même plus).

Ce délai d'attente a manifestement pour but d'empêcher que l'assuré n'abuse de son droit d'exiger le versement en espèces de la prestation de libre passage. Il sert également à libérer la caisse d'une responsabilité éventuelle au cas où l'on pourrait lui reprocher d'avoir fait preuve de négligence en cédant trop rapidement à la demande de l'assuré. L'imposition d'un délai d'attente tend donc tout aussi bien à protéger les intérêts de l'assuré que ceux de la caisse elle-même. Cependant si cette intention est louable, il peut arriver qu'elle aboutisse à des fins contraires lorsque la durée du délai d'attente est trop longue compte tenu des circonstances du cas d'espèce. La durée d'un tel délai d'attente est en principe laissée à l'appréciation de la caisse mais elle ne doit pas avoir un caractère prohibitif. Elle peut varier suivant le genre de cas:

Cas où l'assuré quitte définitivement la Suisse

La loi prescrit deux conditions que l'assuré doit remplir:

a. Il faut qu'il quitte la Suisse;

b. Ce départ doit être définitif.

Or, il arrive souvent dans la pratique que la caractère définitif du départ n'apparaisse qu'au bout d'un certain temps. Par exemple, l'assuré qui quitte la Suisse a l'intention d'y revenir s'il ne trouve pas d'emploi dans son pays d'origine. En pareil cas, l'introduction d'un délai d'attente sert de présomption attestant le caractère définitif du départ. Un tel délai n'est pas contraire à l'esprit de la loi. Cependant, cela n'implique pas nécessairement qu'une caisse soit tenue de l'observer dans tous les cas. Si l'assuré fournit des preuves suffisantes quant au caractère définitif du départ - telle par ex. une attestation de la police des étrangers établissant que le droit d'établissement est définitivement éteint, etc. (cf. No 4 ci-dessus) - le maintien à tout prix du délai d'attente pourrait être considéré comme arbitraire. Pour ce qui est de sa durée, un délai de 6 mois ou une année peut être considéré comme raisonnable.

Cas où l'assuré s'établit à son propre compte

L'opportunité d'un délai d'attente est problématique en pareil cas. L'assuré a justement besoin de sa prestation de libre passage pour asseoir son activité lucrative. La caisse doit certes s'assurer que le requérant s'établit effectivement à son propre compte. Mais elle ne peut pas, en revanche, exiger de lui la garantie que

son initiative aura le succès désiré. C'est pourquoi l'introduction d'un délai d'attente ne devrait revêtir qu'un caractère exceptionnel, si l'assuré n'a pas fourni de preuves suffisantes attestant son intention de s'établir comme indépendant, ou s'il ressort des circonstances que son intention n'est pas sérieuse.

Cas de la femme mariée ou sur le point de se marier qui cesse d'exercer une activité lucrative

Deux conditions doivent être remplies par la requérante. Il faut :

a. Qu'elle soit mariée ou sur le point de se marier et

b. Qu'elle cesse toute activité lucrative.

La cessation de l'activité lucrative doit avoir un caractère durable. En effet, l'esprit de la loi ne serait pas respecté si la femme mariée ou sur le point de se marier poursuivait une activité lucrative sitôt après avoir demandé et obtenu le versement de sa prestation de libre passage en espèces. En pareil cas, l'introduction d'un délai d'attente n'est pas contraire à la LPP et peut constituer une présomption que la requérante a effectivement cessé d'exercer une activité lucrative. Il y a toutefois lieu de faire preuve d'une certaine souplesse dans son application. Si d'autres circonstances du cas d'espèce font apparaître clairement que la salariée cesse toute activité lucrative, le maintien du délai d'attente devient superflu. Peuvent constituer des éléments déterminants, à cet égard, le fait d'être enceinte ou encore de renoncer aux indemnités de l'assurance-chômage.

6. Délai à observer pour l'instauration de la gestion paritaire dans les institutions de prévoyance enregistrées et pour la désignation d'un organe de contrôle selon la LPP

(art. 51 et 53, 1er et 4e al., LPP; art. 8, 1er al., OPP 1 et 33 OPP 2)

1. Les institutions de prévoyance qui veulent appliquer l'assurance obligatoire dans le cadre de la LPP, tâche pour laquelle elles doivent se faire enregistrer, sont tenues d'instaurer la gestion paritaire d'ici au 31 décembre au plus tard. Cela signifie qu'elles doivent cette année encore, adapter leur règlement et leur organisation de façon à garantir aux salariés et aux employeurs le droit de déléguer, au sein des organes en question, le même nombre de représentants.

2. Les institutions de prévoyance qui déploient leur activité dans le domaine de la prévoyance professionnelle doivent, qu'elles soient enregistrées ou non, désigner un organe de contrôle qui assume l'examen annuel de leur gestion, de leurs comptes et du placement de leur fortune. L'organe de contrôle choisi doit remplir les conditions fixées par le Conseil fédéral pour exercer cette activité. Les institutions de prévoyance ont jusqu'au 31 décembre 1986 pour confier à un organe de contrôle reconnu les tâches ci-dessus, qui sont énumérées à l'article 35 OPP 2. Pour assurer une exécution correcte des travaux de révision, on veillera à ce que l'organe de révision reçoive un mandat durable.

- Se fondant sur le mandat que lui a confié le législateur, le Conseil fédéral a défini, à l'article 33 OPP 2, le cercle des personnes, bureaux de révision et services de contrôle des finances qui sont admis comme organes de contrôle des institutions de prévoyance.

- Les associations désignées par cette disposition (Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, Association suisse des experts-comptables universitaires), dont les membres son habilités en principe à assumer la fonction d'organe de contrôle, remettent, sur demande, des listes de leurs membres. En outre, l'Office fédéral des assurances sociales a dressé une liste des bureaux de révision qu'il a reconnus; on peut la commander à l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (OCFIM), 3000 Berne.

Il faut enfin rendre les institutions de prévoyance attentives au fait qu'elles doivent mettre en œuvre leur organe de contrôle LPP déjà pour l'exercice 1986. En d'autres termes, cet exercice sera le premier à faire l'objet d'un contrÔle en vertu de la LPP, et une copie du rapport y relatif sera envoyée à l'autorité de surveillance.

7. Reconnaissance de bureaux de révision internes comme organes de contrôle des institutions de prévoyance

(art. 53, 1er al, LPP; art. 33, let. a, OPP 2)

Selon la disposition ci-dessus de l'OPP 2, les membres d'un groupe affilié à la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, notamment, sont autorisés à fonctionner comme organes de contrôle dans la prévoyance professionnelle.

En se fondant sur la teneur de cette disposition, on pourrait donc croire que les membres du groupe 3 de la Chambre (Association suisse de révision interne) seraient admis à exercer une telle fonction. Or, cela serait manifestement en contradiction avec les statuts de ce groupe (art. 3, ch. 5), des 25 et 26 octobre 1985, qui interdisent aux membres, d'assumer des tâches de contrôle hors du groupe auquel ils appartiennent.

Il en résulte que conformément à ces statuts, les bureaux de révision internes ne sont pas en mesure d'exercer une activité d'organes de contrÔle dans la prévoyance professionnelle.

8. Reconnaissance de services communaux de contrôle des finances comme organes de contrôle LPP

(art. 53, 1er al., LPP; art. 33 OPP 2)

L'OFAS est d'avis que les services communaux de contrôle des finances ne devraient pas se voir interdire la fonction d'organes de contrôle selon la LPP, bien qu'ils ne soient pas mentionnés expressément dans l'ordonnance citée. Une condition essentielle de leur reconnaissance est toutefois qu'ils possèdent les qualifications nécessaires.

En vertu de la compétence que lui confère l'article 33, lettre c, OPP 2 en matière de

reconnaissance des organes de contrôle selon la LPP, l'OFAS se prononce, de cas en cas, sur la reconnaissance des services communaux de contrôle. Notre office part de l'idée que ceux-ci doivent remplir, en principe, les même conditions que celles auxquelles les services cantonaux de contrôle des finances sont censés répondre. Pour déterminer si un service communal est qualifié en matière de prévoyance professionnelle, celui-ci doit prouver qu'il a à son service au moins une personne qui satisfait aux exigences fixées par l'OFAS en la matière. Si cette preuve est apportée, l'OFAS rend une décision de reconnaissance à l'encontre du service communal requérant. Si les conditions d'une telle reconnaissance ne sont plus remplies ultérieurement, celle-ci devient caduque; l'OFAS doit alors en être informé immédiatement.

La liste des organes de contrôle LPP établie par l'OFAS et que l'on peut commander à l’OCFIM, sera désormais complétée par les noms des organes de contrôle communaux reconnus.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 2

du 19.janvier 1987

TABLE DES MATIERES

9 Montants-limites valables pour 1987
10 Bonifications de vieillesse
11 Révision de l'AI - effets sur la LPP
12 Paiement des intérêts en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
13 Maintien de la prévoyance en cas de dissolution des rapports de travail
14 Montant de la prestation en capital
15 Rapports entre autorité de surveillance, institution de prévoyance et expert en matière de prévoyance professionnelle
16 Liste des textes législatifs et des dispositions d'application

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

9. Les montants-limites valables pour 1987

(art. 2, 7, 8,46 LPP, art. 7 OPP 3)

Les montants-limites valables pour l'année 1987 demeurent inchangés par rapport à 1986. Ils s'élèvent à :

a. Pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46,1er al., LPP)	Fr. 17'280.-
- Déduction de coordination (art. 8,1 er al., LPP)	Fr. 17'280.-
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, 1 er al., LPP)	Fr. 51'840.-
- Salaire coordonné minimum (art. 8, 2e al., LPP)	Fr. 2'160.-

b. Pour la prévoyance liée du 3e pilier

Déduction maximale admise fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., let. a, OPP 3)	Fr. 4'147.-
- sans être affilié à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., let. b, OPP 3)	Fr. 20'736.-

10. Bonifications de vieillesse

(art. 16 et 95 LPP)

La disposition transitoire pour les taux minimaux applicables au calcul des bonifications de vieillesse en vertu de l'article 95 LPP (7, 10, 11, 13 pour cent) ne vaut que pour les années 1985 et 1986. Pour 1987, l'échelle normale des bonifications de vieillesse selon l'article 16 LPP (7, 10, 15, 18 pour cent) est maintenant applicable pour la première fois.

11. Révision de l'AI - effets sur la LPP

(art. 26, 1er al., LPP)

Les Chambres fédérales ont adopté, le 9 octobre 1986, la deuxième révision de l'AI, qui entrera probablement en vigueur le 1er janvier 1988 (cf. FF 1986, III p. 363 et ss). La principale innovation, comme chacun sait, a trait à l'introduction de la rente d'invalidité d'un quart. La LPP calque le début du droit aux prestations sur celui de l'AI (art. 26, 1er al., LPP). L'article 29 LAI, applicable en l'espèce, a été modifié et ne peut plus s'étendre directement au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. C'est la raison pour laquelle l'article 26, 1er alinéa, LPP a dû être également adapté; il a dorénavant la nouvelle teneur suivante:

> "Les dispositions de la LAI (art. 29 LAI) s'appliquent par analogie à la naissance du droit aux prestations d'invalidité".

Il s'agit là d'une modification purement rédactionnelle qui n'a aucune influence matérielle. La question de savoir si le quart de rente va également être introduit dans la LPP devra être examinée lors de la révision prévue dans la loi.

12. Paiement des intérêts en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

(art. 29 et 30 LPP; art. 331c, 1er et 4e al., CO)

Il arrive fréquemment dans la pratique que le salarié, qui quitte l'institution de prévoyance à laquelle il était affilié, doive attendre des semaines, voire des mois avant que la prestation de libre passage ne soit transférée auprès de l'institution de prévoyance de son nouvel employeur, d'une compagnie d'assurance, d'une banque ou payée en espèces (art. 29, 30 LPP et art. 331c, 1er et 4e al., CO).

Se pose dès lors la question de savoir si et, dans l'affirmative, à quel taux l'institution de prévoyance est tenue au versement d'intérêts sur la prestation de libre passage lorsque cette dernière, à la fin des rapports de travail, n'a pas été immédiatement transférée.

Dans le cadre du régime obligatoire où la prévoyance vieillesse découle du contrat de travail, cette question trouve une réponse affirmative: la prestation de libre passage, de par la loi, porte intérêt jusqu'au jour du paiement de la prestation de libre passage (art. 11, 3e al., let. a, OPP 2) à un taux de 4 pour cent (art. 12 OPP 2).

Dans le cadre de la prévoyance pré- ou sur-obligatoire cette question ne trouve pas de réponse dans la loi. Dans un avis de droit, l'Office de la justice parvient au résultat suivant:

En principe, le contrat de prévoyance qui entre en. ligne de compte en pareil cas est régi par les dispositions du Code des obligations (CO). Cependant les dispositions générales du CO ne contiennent qu'une réglementation morcelée et lacunaire qui ne favorise pas, souvent en raison du caractère particulier du rapport de prévoyance, la recherche de solutions concrètes à la résolution de ce problème. L'application par analogie des dispositions de l'AVS/AI ou de la LAA n'apporte pas non plus de résultat satisfaisant.

C'est pourquoi, lorsque des problèmes ne peuvent être résolus de manière probante à l'aide de dispositions générales du CO, il semble plus logique et approprié, - ce qui par ailleurs est plus conforme à la nature du contrat de prévoyance - de rechercher des solutions en appliquant par analogie les dispositions du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. Or on trouve dans le régime obligatoire une réglementation particulière (cf. les dispositions précitées de l'OFF 2) intéressante à plus d'un titre: elle fait abstraction de la mise en demeure et pose le principe d'un droit durable à des intérêts en se fondant non pas sur le taux d'intérêt moratoire de 5 pour cent découlant du Code des obligations mais sur un taux légal de 4 pour cent. Il y a lieu d'en tenir aussi compte dans le régime pré- ou sur-obligatoire.

On parvient donc, en résumé, à la conclusion que dans la prévoyance pré- ou sur-obligatoire, en application par analogie des articles 11, 3e alinéa, lettre a et 12 OPP 2, la prestation de libre passage doit être aussi créditée d'un intérêt de 4 pour cent depuis le jour où elle est devenue exigible jusqu'à son transfert définitif.

13. Maintien de la prévoyance en cas de dissolution des rapports de travail

(art. 29, 3e al., LPP; art. 331c, 1er al., CO)

L'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (du 12 novembre 1986) est entrée en vigueur le 1er janvier 1987 (RS 831.425). Elle règle, pour les cas de cessation des rapports de travail, les moyens de maintenir la prévoyance acquise par le salarié dans l'institution de prévoyance de son ancien employeur lorsqu'il ne peut pas immédiatement entrer dans une nouvelle caisse de pension. Sont possibles: la poursuite de l'assurance auprès de l'institution de prévoyance jusque-là compétente, si le règlement le prévoit, ou auprès de l'institution supplétive, ainsi que l'établissement d'une police de libre passage auprès d'une compagnie d'assurances ou d'un compte de libre passage auprès d'une banque cantonale ou d'une fondation bancaire. La police de libre passage et le compte de libre passage font l'objet de dispositions détaillées (constitution, prestations, financement). L'ayant droit a le choix entre ces différentes formes. S'il n'a pas pu se prononcer, par exemple parce qu'il est parti subitement sans laisser d'adresse, il appartient à l'institution de prévoyance de décider pour lui sous quelle forme la prévoyance acquise doit être maintenue.

Dans le régime préobligatoire, régi par le code des obligations (art. 331a et ss) ainsi que par des directives administratives, la police de libre passage et le compte de libre passage auprès d'une banque cantonale ou d'une fondation bancaire ont déjà été des instruments développés par la pratique pour maintenir la prévoyance acquise. La nouvelle ordonnance a non seulement tenu compte de cette pratique, qui a largement fait ses preuves jusqu'à présent, mais l'a aussi complétée. Ainsi, on trouve pour la première fois une réglementation homogène et complète en matière de maintien de la prévoyance.

En principe, les institutions de prévoyance ne sont directement concernées par cette nouvelle ordonnance que pour ce qui est du choix de l'assuré quant à la forme du maintien ainsi que sur la nouvelle procédure à suivre lors d'un cas de libre passage.

Tous les comptes de libre passage et polices de libre passage érigés à partir du 1er janvier 1987 sont soumis aux dispositions de cette nouvelle ordonnance. Il en va de même pour les polices et comptes de libre passage érigés antérieurement et encore valables à cette date. L'application de l'ordonnance dans ce dernier cas se justifie tant pour des motifs pratiques qu'en raison du but visé par la loi: celui-ci est le même dans la LPP et dans le CO, à savoir le maintien de la prévoyance acquise aussi longtemps que l'assuré n'est pas en mesure d'entrer dans une nouvelle institution de prévoyance. La nouvelle réglementation s'étend également, pour les mêmes motifs, aux polices de libre passage et comptes de libre passage érigés à partir de la date susmentionnée en dehors du régime obligatoire.

14. Montant de la prestation en capital

(art. 37, 3e al., LPP)

En vertu de l'article 37, 3e alinéa, LPP, l'ayant droit, lorsque les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance le prévoient, peut exiger une prestation en capital au lieu de la rente de vieillesse, de veuve ou d'invalidité. Cette disposition

ne contient aucune indication quant à la manière dont doit être calculé le montant du capital en pareil cas. C'est uniquement dans un cas de libre passage, - par exemple lorsque l'assuré change d'emploi - que la LPP fixe comme principe que le montant de la prestation de libre passage (capital de prévoyance) doit correspondre au moins à l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré au moment du transfert (cf. art. 28, 1er al., LPP en relation avec l'art. 15 LPP).

D'aucuns partent de l'idée que la prestation en capital due en cas de vieillesse, de décès ou d'invalidité doit correspondre à la totalité de l'avoir de vieillesse acquis. C'est toutefois confondre le cas du libre passage qui ouvre un droit à une prestation de libre passage et le cas d'assurance qui donne droit à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de décès lors de la survenance du risque assuré. L'avoir de vieillesse ne saurait en effet être considéré comme une épargne individuelle sur laquelle le bénéficiaire possèderait un droit absolu. Il constitue seulement un élément de base à partir duquel peuvent être calculées les prestations dues. Les prestations de vieillesse, de veuve ou d'invalidité ne correspondent donc pas nécessairement à l'avoir de vieillesse inscrit au compte de l'assuré. La forme légale des prestations dans la LPP, c'est la rente. Aussi la prestation versée en capital correspond-elle normalement à la valeur capitalisée de la rente de vieillesse, de survivants ou d'invalidité. Cette valeur peut être, suivant les circonstances du cas d'espèce, supérieure ou au contraire inférieure à celle de la prestation de libre passage. Par exemple la prestation en capital due à la veuve est généralement inférieure à l'avoir de vieillesse, tout comme la rente de veuve est inférieure à la rente de vieillesse. En l'absence de dispositions légales détaillées, c'est le règlement de l'institution de prévoyance qui est déterminant. Celui-ci doit reposer sur des bases techniques reconnues.

15. Les rapports entre autorité de surveillance, institution de prévoyance et expert en matière de prévoyance professionnelle

(art. 53, 2e et 4e al., LPP; art. 41, 2e al., OPP 2)

Les rapports triangulaires qui unissent ces trois organes posent quelques problèmes juridiques assez délicats. Parmi ceux-ci, prenons-en un dont la solution est considérée, dans la pratique, comme urgente: il s'agit des rapports juridiques entre l'institution de prévoyance et l'expert de la prévoyance professionnelle.

Selon l'article 41 OPP 2, l'expert doit se conformer aux directives de l'autorité de surveillance dans l'accomplissement de son mandat. En outre, il est tenu d'informer immédiatement ladite autorité si la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide. De même, il doit l'informer lorsque son mandat prend fin. Le Conseil fédéral a ainsi établi que les rapports entre l'institution de prévoyance et l'expert sont régis par les prescriptions du Code des Obligations concernant le mandat (articles 394 ss CO). Une question reste toutefois en suspens: la loi exige-t-elle un mandat permanent, ou bien le mandat peut-il être limité à un seul examen et à une seule confirmation?

La teneur de l'article 41 OPP 2 permet d'admettre ces deux possibilités, donc aussi bien le mandat pour une longue période que celui dont la durée est limitée à un examen unique de l'expert. Cependant, si l'on prend en considération le sens et le but de la tâche de l'expert, il est permis de conclure en faveur d'un mandat

permanent plutôt que d'un mandat unique de courte durée. C'est ainsi seulement que l'on peut, en étant réaliste, exiger que l'expert informe immédiatement l'autorité de surveillance lorsque l'institution de prévoyance est en proie à des difficultés. Là où il n'y a pas de mandat, l'expert ne peut, en effet, pas non plus agir. L'obligation d'informer qui lui incombe suppose, bien plutôt, qu'il connaisse ladite institution, et cela, il ne le peut que sur la base d'un mandat. De même, son obligation d'annoncer à l'autorité de surveillance la fin de son mandat ne peut avoir un sens que lorsque celui-ci a duré un certain temps. On ne voit pas quel serait le but d'une telle communication s'il s'agissait d'un mandat unique, terminé aussitôt après son exécution.

On peut en outre alléguer, en faveur de l'hypothèse d'un mandat permanent, le fait qu'un tel mandat permet d'assurer au moins la continuité du contrôle mieux qu'en recourant constamment à d'autres experts pour l'examen des problèmes d'assurance de l'institution; cela d'autant plus que - comme on le sait - les opinions des experts peuvent différer considérablement aussi sur des questions de principe, ce qui n'est pas nécessairement propice à une situation stable telle que la souhaitent l'institution de prévoyance et l'autorité de surveillance.

16. Liste des textes législatifs, des dispositions d'application, des tables et répertoires

(Etat au 1er janvier 1987)

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) du 25 juin 1982 (RS 831.40)

Ordonnance sur la mise en vigueur et l'introduction de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 29 juin 1983 (RS 831.401)

Ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1) du 29 juin 1983 (RS 831.435.1)

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 18 avril 1984 (RS 831.441.1)

Ordonnance instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (OEPP) du 17 octobre 1984 (RS 831.435.2)

Ordonnance concernant la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance concernant la commission de recours LPP) du 12 novembre 1984 (RS 831.451)

Ordonnance sur la création de la fondation "fonds de garantie LPP" (OFG 1) du 17 décembre 1984 (RS 831.432.1)

Règlement sur l'organisation de la fondation du "fonds de garantie LPP" du 17 mai 1985 (RS 831.432.2)

Ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle du 28 août 1985 (RS 831.434)

Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3) du 13 novembre 1985 (RS 831.461.3)

Ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" (OFG 2) du 7 mai 1986 (RS 831.432.3)

Ordonnance réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse du 7 mai 1986 (RS 831.426.4)

Règlement des cotisations et des prestations de la fondation "fonds de garantie LPP" du 23 juin 1986 (RS 831.432.4)

Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986 (RS 831.425)

Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: Tableaux et exemples d'application pour l'année 1985 (318.762.85 f)

Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: Tableaux et exemples d'application pour les années 1986 et 1987 (318.762.86/87 f)

Tribunaux qui connaissent, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayant droits, selon l'article 73 LPP (Répertoire d'adresses 318.769.01 dfi)

Liste des organes de contrôle reconnus conformément à l'article 22, lettre c, OPP 2 par l'Office fédéral des assurances sociales (318.769.87 df).

Mémento
Mémento à l'intention des employeurs concernant l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance conformément à la LPP (9.02).

Ce mémento peut être demandé aux caisses de compensation AVS.

Dispositions d'application qui ne sont plus en vigueur
Ordonnance sur le maintien de la prévoyance dans le domaine de la LPP du 27 février 1985 ainsi que la modification du 6 novembre 1985 (RS 831.424)

Arrêté du Conseil fédéral relatif à l'ajournement de l'obligation de cotiser au fonds de garantie (art. 54 à 59, 63 et 64 LPP) du 12 novembre 1984

Arrêté du Conseil fédéral relatif à l'ajournement de l'obligation de cotiser au fonds de garantie (art. 54 à 59, 63 et 64 LPP) du 28 août 1985

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 3

du 22. avril 1987

TABLE DES MATIERES

17 Contrôle de la réaffiliation de l'employeur
18 Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre
19 A propos de la notion de "subvenir de façon substantielle"
20 Taux de cotisation au fonds de garantie
21 Les créances considérées comme placements
22 Jurisprudence; compétence des tribunaux cantonaux
23 "Libre transfert" dans la prévoyance individuelle liée
24 Que deviennent les réserves de cotisations d'employeur en cas de résiliation du contrat d'affiliation, l'employeur ayant fermé son entreprise?

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

17 Contrôle de la réaffiliation de l'employeur

(Art. 11 LPP)

L'OFAS a publié, en date du 7 mai 1986, des directives qui règlent aussi, sous les Nos 19 à 23, la procédure à suivre et la compétence en cas de contrôle de la réaffiliation de l'employeur à une institution inscrite au registre de la prévoyance professionnelle. Ces directives ont été concrétisées, en ce qui concerne l'avis de dissolution, par une circulaire du 16 mai 1986 qui s'adresse aux institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS. Il y est prescrit notamment que l'avis concernant la dissolution d'une convention d'adhésion doit être envoyé à l'autorité de surveillance LPP du canton dans lequel l'employeur a son domicile ou son siège.

Le comité de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP a publié, dans la Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (fascicule 1/1987), sa décision du 7 novembre 1986, selon laquelle il est recommandé aux institutions de prévoyance d'adopter une procédure qui s'écarte en partie de celle prescrite par l'OFAS. Autant que les recommandations de ce comité précisent, dans le cadre des directives de l'OFAS, la procédure de communication, celui-ci n'a pas d'objection à formuler. En revanche, sur les points où elles sont en contradiction avec les directives de l'OFAS, ces recommandations doivent être considérées comme nulles et non avenues.

18 Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre

(Art. 29, 1 er al., LPP)

L'assuré a droit à une prestation de libre passage, en vertu de l'article 27, 2e alinéa, LPP, lorsque ses rapports de travail ont été dissous avant la survenance d'un cas d'assurance et qu'il quitte l'institution de prévoyance. L'article 29, 1er alinéa, LPP, ajoute que le montant de la prestation de libre passage doit être transféré à la nouvelle institution de prévoyance. Cette disposition définit la forme que revêt normalement la prestation de libre passage. Elle vise principalement le cas où l'assuré, qui quitte son emploi et par la même occasion son employeur, entre dans une nouvelle institution de prévoyance. Certains problèmes ont surgi dans la pratique concernant le caractère impératif ou non de cette disposition en raison de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1987, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986 (RS 831.425). La question se pose notamment de savoir si l'assuré sortant a son mot à dire sur le transfert de la prestation de libre passage et s'il peut faire transférer celle-ci sur une police de libre passage ou un compte de libre passage, au lieu de l'apporter dans la nouvelle institution de prévoyance (cf. art. 13, 3e al., de l'ordonnance).

Pour comprendre le mécanisme de l'article 29, 1er alinéa, LPP, on peut partir de l'idée que lorsque la nouvelle institution de prévoyance est connue, l'ancienne caisse doit normalement lui transférer la prestation de libre passage de l'assuré sortant. En effet, il est important que l'avoir de vieillesse parvienne à la nouvelle caisse afin d'éviter que l'assuré ne subisse une lacune d'assurance, en cas d'invalidité par exemple. En pareil cas, en vertu de la LPP, les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures viennent s'ajouter à l'avoir de vieillesse existant (cf. art. 24, 2e al.,

LPP). L'assuré a donc tout avantage à conserver intact son avoir de vieillesse plutôt qu'éparpillé à différents endroits. La nouvelle institution de prévoyance poursuivra la tenue du compte de vieillesse de l'assuré et garantira les prestations minimales découlant de la loi. Celles-ci doivent être adaptées au renchérissement (art. 36 LPP) et sont garanties par le fonds de garantie en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Les dispositions précitées indiquent clairement que l'assuré sortant a le droit d'exiger le transfert de la prestation de libre passage de l'ancienne à la nouvelle institution de prévoyance. Ni l'une ni l'autre ne saurait s'y opposer en arguant par exemple que leur règlement ne prévoit pas une telle possibilité.

L'ancienne caisse pourrait-elle transférer la prestation de libre passage à la nouvelle caisse contre la volonté du salarié?
L'application stricte de l'article 29, 1er alinéa, LPP, n'est possible que dans la mesure où l'ancienne caisse dispose de tous les éléments nécessaires pour opérer le transfert. Or, seul l'assuré sortant a entre les mains toutes les informations utiles et il ne saurait être contraint de les communiquer à des tiers. Le transfert de la prestation de libre passage à la nouvelle institution de prévoyance repose donc essentiellement sur le consentement de l'assuré. C'est par ailleurs la raison pour laquelle l'article 13, 4e alinéa, de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage donne la possibilité à l'institution de prévoyance, à défaut de réponse dans les trente jours quant au sort de la prestation de libre passage de l'assuré sortant (cf. art. 13, 3e al., de l'ordonnance), de décider elle-même, sur la base de la loi et de son règlement, du mode de maintien de la prévoyance.

L'assuré qui change d'emploi peut-il être contraint par l'institution de prévoyance de son nouvel employeur de lui remettre sa prestation de libre passage?
Ce peut être le cas lorsque cette dernière prévoit expressément dans son règlement que tout nouvel assuré est tenu d'apporter sa prestation de libre passage. En effet, les statuts d'une institution de prévoyance sont partie intégrante des rapports de travail. En acceptant le nouvel emploi aux conditions ainsi fixées, l'assuré s'oblige donc contractuellement à faire transférer auprès d'elle sa prestation de libre passage.

L'application stricte du règlement pourrait cependant aboutir dans certains cas à des résultats choquants. Aussi appartient-il aux caisses de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application et d'avoir toujours à l'esprit que l'article 29, 1er alinéa, LPP, doit servir avant tout l'intérêt de l'assuré. Ainsi l'assuré qui quitte provisoirement son ancienne caisse pour travailler chez un nouvel employeur (en cas de stage de formation par exemple) a intérêt à éviter le transfert aller et retour de la prestation de libre passage. En pareils cas les caisses intéressées ont elles aussi intérêt à une solution simple sur le plan administratif.

Prévoyance plus étendue
Les considérations qui précèdent valent également, en principe, pour la prévoyance plus étendue. Il faut en effet éviter autant que possible un partage de la prestation de libre passage, qui serait contraire à l'esprit de notre législateur. Ce dernier en effet s'est efforcé d'intégrer sans heurt le 2e pilier obligatoire dans le régime de prévoyance déjà existant et d'harmoniser en particulier la prestation de libre passage LPP avec celle du CO. La seule exception à ce principe serait le cas où la nouvelle institution de prévoyance se limiterait strictement à l'application du régime obligatoire

ou n'aurait pas besoin de la totalité du montant de la prestation de libre passage. L'assuré a alors la possibilité de faire transférer le surplus sur une police de libre passage ou un compte de libre passage.

19 A propos de la notion de "subvenir de façon substantielle"

(art. 29, 4e al., LPP et art. 6, 1er al., lettre b, chiffre 2, de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance; art. 82 LPP et art. 2, 1er al., lettre b, chiffre 2, OPP 3)

Ces deux dispositions prévoient que l'on peut considérer aussi comme bénéficiaires les personnes à l'entretien desquelles le preneur de prévoyance subvenait de façon substantielle.

Ce critère ne s'applique pas seulement aux cas dans lesquels il existe une dette alimentaire au sens de l'art. 328 CCS; il peut y avoir aussi d'autres situations où une personnes est effectivement assistée par le preneur de prévoyance. Ainsi, la personne qui vit avec celui-ci en concubinage peut aussi, le cas échéant, être bénéficiaire dans ce sens-là.

Quels sont les critères qui peuvent servir à trancher la question? Le preneur de prévoyance doit assumer, à l'égard du bénéficiaire, la fonction d'un soutien. On peut admettre que tel est le cas lorsqu'il subvient, pour plus de la moitié, à l'entretien de la personne assistée. Dans tous les cas, le bénéficiaire doit être une personne qui dépend du preneur sur le plan économique et non seulement sur le plan psychologique. Cela se produit lorsque l'ayant droit est exposé à devoir adopter un mode de vie sensiblement plus modeste que jusqu'à présent. Il doit être en mesure de maintenir son mode de vie habituel.

Une assistance peut être accordée aussi bien en vertu d'une prescription légale que sur la base d'une convention, notamment d'un convention librement conclue.

En outre, l'assistance doit être accordée régulièrement. La question de savoir si le partenaire, dans un concubinage, peut être un bénéficiaire dépend donc aussi de la durée de ce concubinage. Evidemment, des difficultés de délimitation surgissent dans l'examen des cas particuliers. Pour les surmonter, il paraît justifié de se fonder, à titre d'hypothèse, sur une durée de 5 ans au moins (voir aussi ATF 109 II 188).

C'est le donneur de prévoyance qui doit, dans chaque cas, examiner si les conditions sont remplies. Il dispose à cet effet d'une certaine marge d'appréciation. Cependant, c'est le bénéficiaire qui a le fardeau de la preuve. Il se justifie par conséquent de désigner ce bénéficiaire dans la convention de prévoyance.

20 Taux de cotisation au fonds de garantie LPP

(Art. 59 LPP et art. 4 OFG 2)

Le 22 septembre 1986, le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation fixé par le Conseil de fondation du "fonds de garantie LPP". Il s'élève à 2 pour mille de la somme des salaires coordonnés conformément à la LPP. La première cotisation au fonds de garantie sera déterminée sur la base des salaires coordonnés de 1987 et payée jusqu'au 30 juin 1988 au plus tard.

21 Les créances considérées comme placements

(art. 71, 1er al., LPP, art. 54, lettre a, et 59 OPP 2)

L'article 54, lettre a, OPP 2 prévoit que les institutions de prévoyance peuvent placer toute leur fortune sous forme de créances. On notera, à ce propos, que celles-ci ne doivent pas, en principe, concerner un seul débiteur, mais qu'elles doivent être réparties entre plusieurs débiteurs en tranches de 15% au plus. Cette règle de diversification, créée pour des raisons de sécurité, ne vaut cependant pas, selon la teneur de la disposition citée, lorsque le débiteur est la Confédération, un canton ou une banque. On peut se demander pourquoi les communes et les institutions d'assurance n'y sont pas mentionnées.

1. Il faut partir du principe que les communes, d'une manière générale, n'ont pas la même importance économique et financière que la Confédération ou les cantons et ne peuvent, par conséquent, offrir les mêmes garanties. Toutefois, il existe en Suisse des communes qui ont, de ce point de vue, une assise financière supérieure à celle de certains cantons. Les villes les plus importantes, qui constituent en quelque sorte les centres économiques de notre pays, occupent à cet égard un rang bien plus élevé que certains petits cantons agricoles. Il ne semble donc pas très équitable qu'une telle ville ne puisse profiter de l'exception prévue par l'art. 54, lettre a, OPP 2.

L'on a renoncé dans l'ordonnance à prévoir une prise en considération différenciée des communes débitrices au sens de l'art. 54, lettre a, OPP 2. Cela n'empêche pas, cependant, qu'on le fasse tout de même dans des cas particuliers et compte tenu de toutes les circonstances, en appliquant l'art. 59 OPP 2.

2. Les banques ne sont pas touchées par la règle de diversification de l'art. 54, lettre a, OPP 2, parce qu'elles sont soumises à la surveillance de l'Etat, c'est-à-dire de la Commission fédérale des banques, et peuvent ainsi garantir au créancier une sûreté particulière. Ceci vaut cependant aussi, dans une mesure au moins aussi grande, pour les institutions d'assurance. Ces dernières sont également soumises à une surveillance très stricte et préventive: celle de l'Office fédéral des assurances privées. Cet organe de l'administration surveille toute la gestion des institutions d'assurance. Il veille notamment à ce que celles-ci restent solvables, et intervient lorsque des circonstances fâcheuses mettent en danger les intérêts des assurés (art. 17 LSA). En attendant un réexamen éventuel des directives sur les placements lors d'une révision de l'OPP 2, il est possible d'assimiler les institutions d'assurance aux banques, au sens de l'art. 54, lettre a, OPP 2, non pas d'une manière générale, mais dans les cas particuliers, en appliquant l'art. 59 OPP 2.

22 Jurisprudence; compétence des tribunaux cantonaux

(art. 73 LPP)

Le Tribunal fédéral des assurances a décidé, dans son arrêt du 12 décembre 1986 en la cause J. St. (RCC 1987, p. 179), que l'art. 73 LPP est applicable seulement aux cas où l'événement assuré est survenu après l'entrée en vigueur de la LPP, donc après le 1er janvier 1985.

Le tribunal a décidé, dans ce même arrêt, que les fondations de prévoyance en faveur du personnel n'ont pas droit aux dépens, en règle générale, lorsqu'elles

obtiennent gain de cause. Cette décision pourrait être valable aussi pour les institutions de prévoyance qui revêtent une autre forme juridique, p. ex. celle d'une société coopérative ou d'une institution de droit public.

23 "Libre transfert" dans la prévoyance individuelle liée

(Art. 82 LPP; art. 3, 2e al., let. b, OPP 3)

Le versement des prestations de vieillesse de la prévoyance individuelle liée avant la date prévue par l'art. 3, 1er al., OPP 3 (ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance) est possible lorsque le preneur de prévoyance a l'intention d'utiliser la prestation payable pour une autre forme reconnue de prévoyance (art. 3, 2e al., lettre b, OPP 3). Ainsi, une pleine liberté de transfert est accordée entre toutes les formes reconnues de prévoyance, c'est-à-dire entre une convention de prévoyance avec une fondation bancaire et un contrat de prévoyance avec un établissement d'assurance (art. 1er, 1er à 3e al., OPP 3).

Dans la pratique, il faut constater cependant que certaines fondations bancaires permettent la résiliation d'une convention seulement lorsque le preneur de prévoyance a l'intention de transférer le capital accumulé dans le cadre de cette convention, en vertu d'un contrat de prévoyance, à une société d'assurance. Cette restriction contractuelle du libre transfert garanti par l'OPP 3 n'est pas admissible sans l'accord du preneur de prévoyance.

24 Que deviennent les réserves de cotisations d'employeur en cas de résiliation du contrat d'affiliation, l'employeur ayant fermé son entreprise?

(Art. 331ss CO)

L'employeur peut - même après l'entrée en vigueur de la LPP - verser certains montants à l'institution de prévoyance qu'il a chargé d'appliquer la prévoyance professionnelle, afin de les utiliser comme réserve pour le paiement de ses cotisations (réserve de cotisations d'employeur). Il peut déduire ces cotisations de son revenu, en matière fiscale, jusqu'à une certaine limite[1].

Que deviennent ces réserves de cotisations lorsque l'employeur ferme son entreprise et, par conséquent, résilie les contrats de travail avec ses salariés, si bien que le contrat d'affiliation à l'institution de prévoyance devient caduc?

1. Par suite du transfert du montant désigné comme réserve de cotisations d'employeur à l'institution de prévoyance, cette fortune cesse d'être à la libre disposition de l'employeur et d'être sa propriété; elle devient, tout en étant affectée à des fins déterminées, la propriété de ladite institution. Ce montant devient ainsi, dans une fondation, un élément de sa fortune. Pour des motifs relevant du droit des fondations, mais aussi pour des raisons d'ordre fiscal, il ne peut plus être restitué à l'employeur (cf. Riemer, Berner Kommentar zum Stiftungsrecht, N 284 ST).

[1] Impôt fédéral: déduction normale 3 cotisations annuelles, déduction max. 5 cotisations. Canton de Berne: déduction normale 5 cotisations annuelles

2. a. Que reste-t-il donc à faire de cette fortune en cas de résiliation du contrat d'affiliation par suite de la fermeture de l'entreprise? Notons tout d'abord qu'il ne s'agit pas là d'une fortune qui ait un rapport direct avec le libre passage. Cela n'est le cas que lorsque l'employeur a déjà fait transférer, au moyen de la réserve de cotisations, sa cotisation sur le compte de vieillesse de l'assuré. Par suite de la résiliation de la convention d'affiliation et de la liquidation consécutive de la caisse d'entreprise qui était gérée au sein d'une institution de prévoyance commune ou collective, par suite également de la suppression du rôle d'employeur assumé jusqu'à présent par l'affilié, la qualification de la fortune change: la fortune affectée à des fins spécifiques devient un élément de fortune libre de l'institution. Elle doit cependant servir, comme par le passé, à la prévoyance professionnelle des assurés concernés par la liquidation de la caisse. Cette qualification limite aussi le risque de voir l'employeur accumuler des réserves de cotisations trop élevées (privilégiées fiscalement), qui ne seraient pas proportionnées à ses futurs paiements prévisibles de cotisations et viseraient seulement à lui faire payer moins d'impôts, ce qui constituerait un abus.

b. Cette fortune de l'institution de prévoyance désormais libérée par suite de la fermeture de l'entreprise et de la résiliation de l'affiliation doit être portée au crédit des assurés selon une clé appropriée, c'est-à-dire objectivement motivée en matière de prévoyance, comme pour la liquidation d'une institution de prévoyance. Si l'employeur figure aussi parmi ces assurés, il obtiendra évidemment une part de cette fortune.

Cela ne signifie cependant pas une restitution partielle des montants qu'il a payés naguère comme réserve de cotisations. Il faut songer également, comme lors de la liquidation d'une institution de prévoyance, jusqu'à une certaine date, aux salariés qui ont quitté l'entreprise déjà avant sa fermeture. Ils ont eux aussi, en principe, un droit fondé sur des critères objectifs - à une part de la fortune.

3. Quels sont donc ces critères de partage dûment motivés en matière de prévoyance? Ils peuvent être les suivants:

- âge de l'assuré
- état civil
- salaire touché et fonction assumée dans l'entreprise
- obligations familiales
- durée des rapports de service chez l'employeur en question
- date de la résiliation du contrat de travail
- somme des cotisations payées - avoir de vieillesse

etc.

Cette liste de critères n'est pas exhaustive; elle peut être complétée ou précisée par d'autres éléments. Cependant, il serait inadmissible de tenir compte de faits et de circonstances qui ne peuvent avoir un rapport avec la prévoyance professionnelle, p. ex. la religion, l'appartenance à un parti ou la nationalité.

4. Le montant libéré par suite de la fermeture d'une entreprise et de la dissolution d'une convention de prévoyance n'est pas versé en espèces aux assurés; il doit, bien plutôt, être transféré, conformément à l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance, à leur nouvelle institution de prévoyance, sur un compte de libre passage ou sur une police de libre passage. La réserve de cotisations

accumulée par les versements de l'employeur était, en effet, destinée exclusivement à la prévoyance professionnelle des assurés. La fortune doit continuer d'être affectée par principe à ce but, même après la cessation de l'activité de l'employeur. Restent réservés, bien entendu, les cas où il existe un motif légal d'effectuer des paiements en espèces.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 4

du 10 juillet 1987

TABLE DES MATIERES

25 Calcul de la prestation de libre passage

26 Jurisprudence; paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée, ou sur le point de se marier, qui met fin à son activité lucrative

27 Reconnaissance et autorisation par l'OFAS de fonctionner comme organe de contrôle

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

87.628

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

25 Calcul de la prestation de libre passage

(art.28 LPP; art. 331 a et b CO; art. 50, 3e aL, LPP)

La question de savoir comment il faut calculer correctement la prestation de libre passage selon l'article 28 LPP, lorsqu'il s'agit d'institutions de prévoyance dites enveloppantes, est devenue particulièrement actuelle par deux jugements récents du Tribunal des assurances du canton de Zürich. Tandis que le premier de ces jugements a passé en force, un recours de droit administratif a été interjeté contre le second, notamment par le Département fédéral de l'intérieur. Cette affaire est actuellement pendante devant le TFA.

Deux conceptions s'affrontent à propos de ce jugement attaqué: d'après **la méthode dite de comparaison** qui est généralement appliquée dans la pratique, la prestation de libre passage est calculée de deux manières, et c'est le montant le plus élevé qui est versé; ce calcul se fait, d'une part, d'après la LPP, et d'autre part, d'après le CO (art. 331 a ou b), soit d'après le règlement. Dans **la méthode dite de split**, en revanche, la prestation de libre passage se compose du montant fixé par la LPP pour la prévoyance obligatoire minimale et du montant prévu par le CO (art.331 a ou b), ou par le règlement, pour la prévoyance plus étendue (prévoyance pré-obligatoire et sur-obligatoire). La méthode de comparaison a été, à notre avis, certainement voulue par le législateur en vue d'une coordination aussi simple que possible entre le libre passage selon la LPP et le libre passage selon le CO, et pour empêcher une scission de la caisse. Cette méthode est d'ailleurs parfaitement en accord avec la conception du régime obligatoire institué par la LPP. Aujourd'hui, une question est particulièrement actuelle pour l'institution de prévoyance: comment doit-elle se comporter jusqu'au jugement du Tribunal suprême? Une institution de prévoyance qui a adopté, dans son règlement, la méthode de comparaison ou qui l'applique sans que le règlement ait été adapté peut continuer de l'appliquer. Elle peut admettre en toute bonne foi, au sens de l'article 50, 3e alinéa, LPP, que sa manière d'agir est conforme à l'article 28 LPP. Cela signifie en particulier qu'en cas de sanctionnement éventuel de la méthode du split, des créances en restitution ne seraient guère possibles (voir aussi le Bulletin officiel CE, 1980, p. 294).

26 Jurisprudence; paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier qui met fin à son activité lucrative

(art.3o, 2e al., LPP; art. 331 c, 4e al., lettre b, chiffre 3, CO)

Dans son arrêt du 29 avril 1987 en la cause R. P., qui sera publié prochainement dans la RCC, le TFA a décidé qu'une institution de prévoyance (il s'agit en l'espèce d'une institution cantonale de droit public) ne peut, dans son règlement, exclure le paiement en espèces, prévu par la loi de la même manière pour la prévoyance obligatoire et pour la prévoyance plus étendue, de la prestation de libre passage à la femme mariée ou sur le point de se marier, lorsque celle-ci met fin à son activité lucrative. Ladite institution y avait vu une inégalité de traitement, contraire à la Constitution, entre l'homme et la femme (art.4, 2e al.,Cst.), qu'elle voulait éliminer en invoquant l'autonomie reconnue à chaque institution de prévoyance (art. 49, 1er al., et 50 LPP). Le Tribunal a laissé indécise la question de la constitutionnalité en alléguant qu'il n'a pas la compétence d'examiner si les lois fédérales sont conformes

à la Constitution (art. 113, 3e. al., et 114bis, 3e al., Cst). En ce qui concerne l'autonomie, celle-ci ne permet pas à l'institution de prévoyance de s'écarter des dispositions de la LPP et du CO concernant le paiement en espèces de la prestation de libre passage.

27 Reconnaissance et autorisation par l'OFAS de fonctionner comme organe de contrôle

(art. 53, 1er et 4e al., LPP; art. 33, lettres c et d, OPP 2)

Les organes de contrôle des institutions de prévoyance peuvent, s'ils ne sont pas déjà reconnus de par la loi, se faire reconnaître par l'OFAS ou être autorisés par lui à reviser certaines institutions de prévoyance. Dans l'accomplissement de cette tâche, l'OFAS a établi un certain nombre de principes qui reposent sur une longue pratique et qu'il a formulés dans un mémento. Dans sa dernière édition de 1987, celui-ci expose également les conditions de validité de la décision formelle de reconnaissance ou d'autorisation.

Jusqu'à présent, ce mémento a été remis aux personnes directement intéressées. La présente publication tient compte du désir légitime d'une plus large information.

Il va sans dire que les autorités cantonales de surveillance peuvent autoriser d'autres personnes encore à fonctionner comme organes de contrôle, en se fondant sur des critères d'appréciation différents. Elles peuvent notamment tenir compte des besoins spécifiques du canton et vouer une importance particulière à la qualité des rapports de contrôle qui leur parviennent année après année.

Conditions requises pour être reconnu ou autorisé comme organe de contrôle dans la prévoyance professionnelle

1. Base légale

Selon l'article 53, 1er alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), les institutions de prévoyance doivent désigner un organe de contrôle qui vérifie la gestion, les comptes et les placements. Conformément à l'article 53, 4e alinéa, LPP, le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles doivent satisfaire les organes de contrôle, de manière à garantir qu'ils exercent leurs fonctions convenablement. Les articles 33 à 36 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) constituent le fondement des conditions d'admission comme organe de contrôle dans la prévoyance professionnelle. Ces dispositions sont aussi applicables aux bureaux de révision des fondations de prévoyance non inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle (article 89bis, 6e alinéa, CCS).

En vertu de la loi, peuvent fonctionner comme organes de contrôle les membres de l'un des groupes affiliés à la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables universitaires (art. 33, let. a, OPP 2), ainsi que les services de contrôle cantonaux et le contrôle fédéral des finances (let. b). En plus, sont admis d'autres

bureaux de révision dont l'aptitude doit avoir été reconnue par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) (let.c). Peuvent, enfin, fonctionner comme organes de contrôle les personnes qui, au vu de leur activité antérieure, sont autorisées par l'autorité de surveillance à contrôler certaines institutions de prévoyance (let. d).

2. Reconnaissance au sens de l'article 33, lettre c, OPP 2

2.1. Principe

a. Toutes les personnes qui fonctionnent comme organes de contrôle doivent en principe satisfaire aux mêmes conditions quant aux connaissances techniques. C'est pourquoi les requérants doivent apporter la preuve que, même sans être membres de l'une des associations mentionnées à l'article 33, lettre a, OPP 2, ils possèdent néanmoins des connaissances théoriques équivalentes à celles requises par les conditions d'admission desdites associations et font preuve d'une pratique correspondant à ces exigences; toutefois, dans ce dernier cas, on tiendra équitablement compte du domaine particulier constitué par celui de l'organe de contrôle en matière de prévoyance professionnelle.

b. L'OFAS ne reconnaît que des personnes physiques. Le mandat d'organe de contrôle peut également être accepté par une personne morale (ou par une société de personnes), si celle-ci occupe une personne dont l'aptitude a été reconnue ou qui bénéficie d'une autorisation. Dans un tel cas, elle ne doit pas se désigner elle-même, mais seulement la personne physique habilitée d'office à fonctionner comme organe de contrôle; seule cette dernière peut par ailleurs être désignée par l'institution de prévoyance comme organe de contrôle conforme à la loi. Cette personne doit ainsi diriger le contrôle et signer personnellement le rapport.

c. A ce principe, fait exception la reconnaissance par l'OFAS de services de contrôle communaux; encore faut-il qu'ils disposent, à plein temps, d'un réviseur qui possède les qualifications susmentionnées.

2.2. Conditions

A la reconnaissance d'un bureau de révision comme organe de contrôle dans la prévoyance professionnelle, l'OFAS met les conditions suivantes:

a. Formation
Le requérant doit avoir achevé, avec succès, les études suivantes ou une formation équivalente:

- Licence ou doctorat en sciences économiques ou juridiques d'une université suisse.;
- Titre d'une école supérieure d'économie ou d'administration (ESCEA) reconnue par l'OFIAMT.;
- Diplôme fédéral d'expert-comptable ou d'expert fiduciaire;
- Diplôme fédéral de comptable.;
- Diplôme fédéral de contrôleur de gestions-comptable.;
- Brevet fédéral d'agent fiduciaire;
- Examen préliminaire d'expert comptable.

b. Pratique
Preuve supplémentaire de la pratique en cas d'études achevées sans formation spéciale de révision.

Un tel requérant doit avoir au moins cinq ans de pratique (trois ans sont suffisants en cas de formation universitaire complète dans le domaine fiduciaire et dans celui des révisions) dans le domaine d'activité fiduciaire d'expert comptable diplômé, dont au moins deux ans dans le domaine de la révision d'entreprises dont le siège est situé en Suisse.

c. Autres exigences requises
aa) Le requérant doit connaître les dispositions de l'ordre juridique suisse relatives à la prévoyance professionnelle.
bb) Il doit être digne de confiance, jouir d'une bonne réputation et exercer la profession de manière irréprochable.
cc) Il doit être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement.

d. Preuve des conditions
Les documents nécessaires pour prouver les conditions susmentionnées sont indiqués dans une lettre-type de l'OFAS.

3. Autorisation accordée par l'OFAS en tant qu'autorité de surveillance
(art.33, let. d, OPP 2)

3.1. Conditions

Pour être autorisé par l'OFAS, en tant qu'autorité de surveillance, à contrôler certaines institutions de prévoyance, le requérant devra remplir les conditions suivantes:
a. Formation
La formation doit correspondre, en principe, à celle qui est requise sous chiffre 2.2., lettre a.
b. Pratique
Le requérant doit avoir plusieurs années d'expérience en matière de révision des institutions de prévoyance qui relèvent de la surveillance de l'OFAS.
c. Autres exigences requises
aa) Les autres conditions sont les mêmes que celles mentionnées sous chiffre 2.2., lettre c.
bb) Le chiffre 2.2., lettre d, s'applique par analogie.
cc) En plus, le requérant devra expressément désigner les institutions de prévoyance pour le contrôle desquelles la demande est présentée.

3.2. Validité de l'autorisation

L'autorisation est à renouveler tous les quatre ans sur demande présentée en temps utile à l'OFAS (les conditions à satisfaire seront indiquées dans une demande-type remise sur commande à qui le désire). Elle peut être assortie de charges et conditions.

4. Changements à signaler par l'organe de contrôle

a) L'organe de contrôle a le devoir d'annoncer immédiatement, à l'OFAS, toute modification en rapport avec les conditions requises pour être reconnu ou autorisé à fonctionner comme organe de contrôle (par ex. changement de profession, de nom ou de domicile).

b) Les organes de contrôle reconnus en vertu de l'article 33, lettre c, OPP 2 doivent faire parvenir à l'OFAS, tous les quatre ans dès l'entrée en force de la décision de reconnaissance et sans y avoir été expressément invités, un extrait actuel du casier judiciaire central; à défaut de quoi la reconnaissance devient caduque.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 5

du 1 octobre 1987

TABLE DES MATIERES

28 Le contrôle d'une tenue correcte des comptes de vieillesse
29 Bénéfices de mutation et réserves de cotisations d'employeur
30 Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation
31 Les montants-limites valables dès le 1er janvier 1988
32 La nouvelle ordonnance d'application de la LPP; l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix
33 L'interprétation des notions de "salarié", "employeur" et "personne de condition indépendante" dans la LPP
34 Cotisations au fonds de garantie LPP pour l'année 1988

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

87.879

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

28 Le contrôle d'une tenue correcte des comptes de vieillesse

(art. 53, 1er al., LPP; art. 11 et 35, 1er et 4e al., OPP 2)

Les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle doivent tenir, pour chaque assuré, un compte de vieillesse indiquant quel est l'avoir de vieillesse de celui-ci. L'OFAS attache une importance primordiale à une tenue correcte de ces comptes individuels de vieillesse (CIV), du fait que ceux-ci constituent un document essentiel pour la détermination des prestations légales minimales à verser aux assurés.

En vertu de l'art. 35, 1er alinéa, OPP 2, l'organe de contrôle doit vérifier chaque année la légalité de la tenue de ces comptes, c'est-à-dire s'assurer que le CIV est tenu conformément aux dispositions de l'art. 11, 1er alinéa, OPP 2. En général, ce contrôle ne pose pas de problème particulier là où les institutions de prévoyance tiennent elles-mêmes les comptes en question. Il n'en va pas toujours ainsi lorsque la tenue des comptes a été confiée à des tiers, généralement à des institutions d'assurance. C'est le cas, tout particulièrement, lorsqu'il s'agit de fondations communes ou collectives.

Selon l'article 35, 4e alinéa, OPP 2, l'organe de contrôle doit en principe examiner la légalité de la tenue de ces comptes même si elle a été confiée à un tiers. Ce contrôle peut cependant être confié à l'organe de contrôle du mandataire, c'est-à-dire à l'institution d'assurance, si cette dernière remplit également les conditions prévues par les articles 33 et suivants OPP 2 pour assumer une telle activité. Cet organe de contrôle et celui qui tient les comptes auraient une part de responsabilité en cas de dommage (art. 52 LPP). Il se peut également - en particulier dans les institutions communes et collectives - que l'organe de contrôle mandaté par l'institution d'assurance soit le même que celui de l'institution de prévoyance. L'organe de contrôle de cette dernière peut alors demander à l'organe qui tient les comptes des informations ou des pièces supplémentaires, nécessaires au contrôle de la tenue correcte des comptes de vieillesse.

29 Bénéfices de mutation et réserves de cotisations d'employeur

(art. 331, 3e al., CO)

Il fut un temps où les cotisations dites d'employeur pouvaient être prélevées sur la fortune libre de l'institution de prévoyance, pour autant que cela fût conforme à ses statuts et règlements. Par fortune libre (appelée aussi "fonds libres"), il faut entendre les avoirs de l'institution de prévoyance qui ne sont pas destinés à couvrir des engagements réglementaires envers les assurés et autres destinataires. Cette fortune libre provient notamment de bénéfices de mutation (lorsque la prestation de libre passage versée à un assuré qui quitte la caisse est inférieure à la réserve mathématique), de bénéfices d'assurances (par exemple participation aux bénéfices de l'assureur), ou d'excédents techniques.

Depuis le 1er janvier 1985, de tels prélèvements ne sont plus possibles. L'article 331, 3e alinéa, CO a été révisé et dispose désormais, de façon explicite, que l'employeur "financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément".

D'aucuns sont d'avis que la nouvelle teneur de l'article 331, 3e alinéa, CO ne remet pas en cause le principe de l'utilisation des bénéfices de mutation en faveur de la part patronale. D'éventuels bénéfices de mutation devraient être considérés, selon eux, comme des contributions patronales payées en trop en vue du départ d'un travailleur.

Une telle interprétation nous paraît incompatible tant avec la lettre qu'avec l'esprit du nouvel article 331, 3e alinéa, CO. Si le Parlement a modifié cette disposition, c'est précisément pour éviter que les bénéfices de mutation ne servent à alléger, de façon unilatérale, les charges de l'employeur. Cela ressort clairement des travaux préparatoires. D'ailleurs, le texte légal est clair: les réserves de cotisations d'employeur "doivent avoir été accumulées dans ce but par l'employeur"; en d'autres termes, elles doivent avoir été accumulées d'avance et volontairement par l'employeur, elles doivent dès leur origine avoir été destinées à un but bien précis, à savoir le financement de la part patronale des cotisations.

Or les cotisations patronales, quand elles sont versées à l'institution de prévoyance, constituent la contribution de l'employeur au financement de l'assurance; celui-ci y est tenu en vertu du règlement de l'institution de prévoyance. Même si, après coup, ces cotisations ne sont pas pleinement prises en compte pour le calcul de la prestation de libre passage et qu'il en résulte un bénéfice de mutation pour l'institution de prévoyance, elles ne sauraient se transformer, rétroactivement, en des versements destinés à la réserve de cotisations d'employeur.

Les bénéfices de mutation doivent par conséquent être considérés comme une ressource propre de l'institution de prévoyance, tout comme, d'ailleurs, les bénéfices d'assurance et les excédents techniques. Ils permettent à l'institution de prévoyance d'améliorer ses prestations, par exemple, en adaptant les rentes de vieillesse au renchérissement, ou de réduire les cotisations paritaires (ce dont l'employeur profitera également, indirectement). Grâce à ces recettes spéciales, il est souvent possible à l'institution de prévoyance de satisfaire aux exigences de l'article 70 LPP (mesures spéciales) sans qu'il lui faille percevoir des cotisations supplémentaires.

Au vu de ce qui précède, il importe que les institutions de prévoyance éliminent de leur règlement toutes les dispositions prévoyant l'utilisation unilatérale des bénéfices de mutation en faveur de l'employeur. En outre, les mesures qui auraient été prises sur la base d'une fausse interprétation de l'article 331, 3e alinéa, CO devront être rectifiées.

30 Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation
(art. 11 LPP)

Dans la pratique, un besoin urgent se fait sentir: c'est que l'on apporte quelques éclaircissements juridiques au sujet de la résiliation du contrat d'affiliation conclu entre l'employeur et l'institution de prévoyance. Une question, en particulier, intéresse ceux qui pratiquent la prévoyance professionnelle: L'institution de prévoyance - il s'agit régulièrement d'institutions collectives revêtant la forme juridique d'une fondation - peut-elle résilier de tels contrats aussi rétroactivement ? Le recours à une telle résiliation rétroactive paraît spécialement indiqué lorsqu'une institution de prévoyance doit constater qu'un employeur n'observe pas les

obligations qui lui incombent en vertu du contrat, ou ne les observe pas correctement, et cela tout particulièrement lorsqu'il ne paie pas les cotisations dues selon l'article 66, 2e alinéa, LPP, ou ne les paie qu'avec retard.

La LPP ne contient pas de prescriptions sur la résiliation du contrat d'affiliation entre l'institution de prévoyance et l'employeur. Il faut donc appliquer les règles générales concernant le droit contractuel et, éventuellement, les principes du droit des fondations. Une question, notamment, se pose ici: A quel genre de contrat faut-il rattacher le contrat d'affiliation? Suivant la classification que l'on adoptera (mandat, contrat d'affaires, etc.), la question de la résiliation sera tranchée d'une manière différente.

Toutefois, compte tenu de l'esprit de la LPP et du but visé par cette loi, une certaine constance dans les conditions d'affiliation est pour le moins souhaitable, voire recommandable, ne serait-ce que pour des raisons pratiques. C'est dans ce sens que le législateur a prévu, à l'article 11, 3e alinéa, LPP, que le contrat d'affiliation a effet rétroactif. L'institution de prévoyance doit donc accorder ses prestations aussi pour la période pendant laquelle l'employeur a occupé, certes, des salariés assujettis à la LPP, mais ne s'est pas affilié, pour eux, à une institution de prévoyance, ni n'a été affilié par contrainte à l'institution supplétive. On ne peut cependant en conclure que la résiliation d'un contrat d'affiliation puisse, elle aussi, avoir effet rétroactif. Il faut éviter, bien plutôt, de créer après coup une situation extracontractuelle pour la période pendant laquelle l'employeur était affilié à une institution de prévoyance, avec le résultat qu'en cas de prévoyance, les prestations devraient être payées par l'institution supplétive.

Il ne serait pas correct, notamment, que l'institution de prévoyance "minimalise" ses engagements dans ce sens qu'elle résilierait d'emblée le contrat d'affiliation avec l'employeur dès qu'elle aurait constaté que celui-ci observe mal le contrat et les prescriptions légales, ou ne les observe pas du tout. Elle doit, bien plutôt, recourir au besoin à l'exécution forcée pour obliger cet employeur de payer les prestations légales échues. Au pis aller, on proposera l'ouverture de la faillite ou d'une procédure analogue contre l'employeur négligent.

31 Les montants-limites valables dès le 1er janvier 1988

(art. 2, 7, 8 et 46 LPP; art. 7 OPP 3)

En date du 9 septembre 1987, le Conseil fédéral a promulgué **l'ordonnance 88 concernant l'adaptation des montants-limites dans la prévoyance professionnelle;** elle entrera en vigueur le 1er janvier 1988. Ces montants-limites servent notamment à déterminer la limite inférieure des salaires pour l'assujettissement au régime obligatoire, les limites inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé, dans la loi, salaire coordonné), ainsi que le salaire coordonné minimal.

La LPP donne au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente de vieillesse simple minimale de l'AVS. Etant donné que la rente AVS mensuelle sera élevée de 720 à 750 francs dès le 1er janvier 1988, il s'agit de tenir compte de cette hausse, donc d'adapter en conséquence les

montants-limites dans la prévoyance professionnelle. Cette mesure vise avant tout à maintenir la coordination entre le premier et le deuxième pilier.

A partir du 1er janvier 1988, les montants-limites seront les suivants:

a. **Dans la Prévoyance professionnelle**

- Salaire annuel minimum (art. 2. 7 et 46, 1er al., LPP)	Fr.	18'000.-
- Déduction de coordination (art.8, 1er al., LPP)	Fr.	18’000.-
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, 1er al., LPP)	Fr.	54'000.-
- Salaire coordonné maximum, par conséquent	Fr.	36'000.-
- Salaire coordonné minimum (art. 8, 2e al., LPP)	Fr.	2'250.-

Pour le calcul des bonifications complémentaires uniques concernant la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a fait ces dernières années, une table avec des exemples d'application pour 1988 et 1989.

b. Dans la prévoyance liée du 3e pilier

Formellement, l'OPP 3 n'a pas subi de modifications, étant donné qu'elle opère, en ce qui concerne le droit aux déductions, avec des pourcentages. L'augmentation des montants-limites a pour résultat que dès le 1er janvier 1988, par suite de la modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a, les déductions autorisées pour les cotisations versées aux formes de prévoyance reconnues seront, au maximum, les suivantes:

- En cas d'appartenance à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., lettre a, OPP 3)	Fr.	4'320.-
- Sans appartenance à une telle institution de prévoyance (ibid., lettre b) au maximum 20 % du revenu du travail, tout au plus	Fr.	21'600.-

32 La nouvelle ordonnance d'application de la LPP; l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix

(art. 36, 1er al., LPP)

Le Conseil fédéral a promulgué, le 16 septembre 1981, l'ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix. Cette ordonnance, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1988, règle l'adaptation obligatoire -

prévue par la loi - **des rentes de survivants et d'invalidité en cours** à l'évolution des prix.

L'adaptation va se faire en deux phases. Dans **une première phase** toutes les rentes qui ont pris naissance pendant la même année civile (classe d'âge) seront adaptées une première fois, après une période de 3 ans, au début de la 4e année civile. Puis, dans **une seconde phase**, l'on effectuera toutes les adaptations suivantes selon le même rythme que dans l'assurance-accidents, c'est-à-dire en règle générale tous les deux ans, s'il ne se produit pas une évolution des prix spécialement forte ou faible. Chaque classe d'âge entrera ainsi, après la première adaptation, dans ce rythme spécial des adaptations successives; la transition nécessitera éventuellement, chez certaines d'entre elles, une adaptation intermédiaire. Le graphique ci-après donne un aperçu de ce système d'adaptation.

Aperçu relatif au système de l'adaptation à l'évolution des prix

Année 1er janvier	Première adaptation classe d'âge	Adaptations successives classe d'âge	Index no	Index sur la base de septembre
1989	85		1	85 – 88
1990	86		1	86 – 89
		85	2	88 – 89
1991	87		1	87 – 90
1992	88		1	88 – 91
		87	2	90 – 91
		85. 86	3	89 – 91
1993	89		1	89 – 92
1994	90		1	90 – 93
		89	2	92 – 93
		85. 86, 87, 88	3	91 - 93

Dès que l'ayant droit aura atteint l'âge de la retraite (65/62 ans), l'adaptation au renchérissement ne devra plus être effectuée.

Il incombe à chaque institution de prévoyance de régler elle-même le **financement de cette adaptation**, comme c'est d'ailleurs déjà le cas pour les autres prestations de prévoyance.

La présente ordonnance ne règle pas **l'adaptation des rentes de vieillesse à l'évolution des prix.** Cette adaptation incombe, comme d'ailleurs l'adaptation facultative des prestations de risques après l'âge de la retraite, également à chaque institution de prévoyance, en fonction de ses ressources financières (art. 36, 2e al., LPP).

33 L'interprétation des notions de "salarié", "employeur" et "personne de condition indépendante" dans la LPP

(art. 2 et 3 LPP)

Dans sa décision du 11 septembre 1985, le Conseil fédéral a étudié entre autres l'interprétation des termes de "salarié", "employeur" et "personne de condition indépendante" que l'on trouve dans la LPP. Cette interprétation a une importance primordiale pour déterminer les personnes assujetties au régime obligatoire de la prévoyance. Notre gouvernement a reconnu que ces termes doivent être interprétés dans le même sens que dans la loi sur l'AVS. La RCC avait publié alors un bref article à ce sujet (p. 511 du tome de 1985). La teneur complète de la décision gouvernementale a été publiée récemment dans la revue "Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération" (JAAC), 1987, fascicule 51/1, numéro marginal 16.

34 Cotisations au fonds de garantie LPP pour l'année 1988

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation. de 2 pour mille de la somme des salaires coordonnés conformément à la LPP que le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP a fixé pour l'année 1988. Cette cotisation doit être versée par les institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle au fonds de garantie afin que celui-ci puisse assumer ses obligations légales dans les cas où une caisse de pension devrait devenir insolvable ou présenterait une structure d'âge défavorable.

Le taux de cotisation pour 1987 reste ainsi inchangé pour 1988. Les cotisations qui correspondent à ce taux seront perçues en 1989.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 6

du 3 décembre 1987

TABLE DES MATIERES

35 Encouragement de l'accession à la propriété du logement dans le cadre du deuxième pilier (rapport du groupe de travail "Logement" de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

35 Encouragement à l'accession à la propriété du logement dans le cadre du deuxième pilier

L'activité déployée pour encourager l'accession à la propriété du logement dans le cadre du deuxième pilier de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité a une histoire mouvementée. Lors de la discussion de principe sur la "conception des trois piliers" de ladite prévoyance, déjà, on a voué une certaine attention à l'idée d'un tel encouragement par les ressources de la prévoyance individuelle liée et de la prévoyance professionnelle. Aussi cette idée a-t-elle été admise dans l'article 34quater de la Constitution fédérale, notamment au 6e alinéa, aux termes duquel la Confédération, en collaboration avec les cantons, encourage la prévoyance individuelle, notamment par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accession à la propriété".

Lors des travaux préparatoires entrepris en vue de l'élaboration de la LPP, on a admis dans le projet des dispositions qui, vu les expériences pratiques faites jusqu'à présent, ne peuvent satisfaire entièrement. Au contraire, il existe actuellement, dans certains milieux de la population active, un sentiment de malaise, parce que l'encouragement de l'accession à la propriété du logement dans le cadre de la prévoyance professionnelle ne peut, sur les bases juridiques actuelles, offrir qu'une aide limitée, ou même pas d'aide du tout.

La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a donc constitué un groupe de travail et l'a chargé d'analyser la situation juridique actuelle. Ce groupe, qui devait examiner les modifications nécessaires pour améliorer sensiblement une réglementation peu satisfaisante, comprenait des représentants des autorités fédérales, ainsi que des spécialistes provenant de divers milieux: institutions de prévoyance, banques, assurances et syndicats. On y trouvait aussi des représentants de la Conférence des directeurs cantonaux des finances.

Le secrétariat de ce groupe de travail était géré par l'Association suisse des banques en collaboration avec l'Office fédéral des assurances sociales.

La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a pris connaissance, lors de sa dernière séance, du rapport de son groupe de travail; cependant, elle ne s'est pas prononcée concrètement pour ou contre les mesures proposées par celui-ci. La publication de ce rapport, que l'on trouvera ci-après[1], vise à expliquer au public pourquoi la situation actuelle n'est pas satisfaisante; elle montrera que seules des modifications au niveau des lois permettront des améliorations substantielles.

Etant donné, toutefois, que les modifications de lois prennent du temps, éventuellement plusieurs années - et l'expérience l'a bien montré - la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a proposé au Conseil fédéral, au printemps 1987, d'intensifier l'encouragement de la propriété du logement dans le secteur de la prévoyance individuelle liée. Il est vrai qu'un projet d'ordonnance allant dans ce sens s'est heurté à une vive opposition lors de la procédure de consultation en été et en automne 1987, surtout de la part des cantons et notamment de la

[1] Le rapport du groupe de travail a, subi quelques modifications et coupures rédactionnelles pour la présente publication sans "modification de sa substantifique moelle"

Conférence des directeurs cantonaux des finances. Etant donné que le Conseil fédéral ne peut, selon l'article 82 LPP, édicter une ordonnance sur l'encouragement de l'accession à la propriété du logement dans le "pilier 3 a" qu'en collaboration avec les cantons, ce projet a, devant la résistance de ceux-ci, perdu de son actualité. Le projet d'ordonnance en question devra en tout cas être analysé avec soin, compte tenu des avis exprimés.

Même si l'on pouvait réaliser dans un proche avenir, dans le cadre de la prévoyance individuelle liée, un système d'encouragement de la propriété du logement, le développement futur de cet encouragement dans le cadre du 2e pilier ne perd nullement de son importance. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les commentaires ci-après:

Les possibilités d'améliorer l'encouragement de l'accession à la propriété du logement dans la prévoyance professionnelle

1. MISE EN GAGE DES DROITS AUX PRESTATIONS DE LA PRÉVOYANCE

1.0 Possibilités d'utilisation restreintes selon le droit actuel

Une mise en gage de droits à la prévoyance est concevable, dans la pratique, dans les cas où

- un créancier en vertu d'un gage immobilier estime, étant donné l'étendue des prêts accordés, que l'immeuble n'est pas un gage suffisant;

- et lorsqu'un créancier en vertu d'un gage immobilier ne veut accorder un sursis d'amortissement sur le prêt hypothécaire consenti que si l'amortissement à la fin de ce sursis est assuré.

Dans les deux cas, la condition est que le substrat du gage, à savoir "les droits aux prestations de la prévoyance", qui est à la base du contrat de gage, présente pour le créancier une grande sûreté. Une sûreté maximale serait que le gage puisse être réalisé en tout temps. Il serait cependant possible de considérer comme sûr le gage qui pourrait, certes, être réalisé seulement à une certaine date (cas de prévoyance), mais qui ne s'éteindrait jamais prématurément.

Un gage tel que celui du "droit aux prestations de la prévoyance", constitué d'une manière sûre, peut, par exemple, faciliter la tâche de l'assuré qui cherche à obtenir, pour la part de financement qu'il ne peut fournir lui-même au moment de l'acquisition de l'immeuble, un prêt hypothécaire supplémentaire. Il peut aussi, le cas échéant, l'aider à réduire les charges financières trop lourdes consécutives à l'acquisition, dans ce sens que l'assuré obtient un sursis d'amortissement pour une partie de ses dettes foncières, pour une certaine durée. L'intérêt qu'il y a à obtenir un tel sursis peut aussi avoir un aspect fiscal (intérêts des dettes déductibles d'un montant plus élevé).

Toutefois, l'instrument "Mise en gage" ne produit cet effet que lorsque le gage pris pour base offre la sûreté voulue. Or, la créance à l'égard de l'institution de prévoyance, créance qui sert de base à la mise en gage, ne peut, selon le droit actuel, garantir cette sûreté.

Certes, l'article 40 LPP lève l'interdiction générale de mise en gage valable pour les droits aux prestations envers les institutions de la prévoyance professionnelle lorsqu'il s'agit d'acquérir la propriété d'un logement pour les propres besoins de l'assuré ou de retarder l'amortissement d'une dette hypothécaire grevant un tel logement. Cependant, il ne faut pas oublier les restrictions suivantes:

- Seul le droit aux prestations de vieillesse peut être mis en gage;
- La créance garantie par cette mise en gage ne doit pas dépasser l'avoir de vieillesse disponible ou (chez les assurés d'un certain âge) l'avoir de vieillesse accumulé jusqu'à l'âge de 50 ans.
  Cette possibilité d'encouragement de la propriété d'un logement est pratiquement réduite à néant, par cette disposition, pour une partie importante de la génération d'entrée, c'est-à-dire pour les salariés âgés.

On peut songer à d'autres mesures d'encouragement dans deux directions:

- l'amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur;
- l'extension de la possibilité de mise en gage au régime hors obligatoire.

1. 1 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur lorsque le logement n'est plus destiné aux propres besoins de l'assuré

L'article 11 de l'ordonnance réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse, du 1 mai 1986, prévoit que le gage s'éteint dès que les conditions fixées par l'ordonnance pour la mise en gage ne sont plus réunies. Cela signifie, en clair, que par exemple l'abandon de la condition des propres besoins de l'assuré entraîne automatiquement l'extinction du gage. Etant donné que l'assuré peut néanmoins rester propriétaire de l'objet en question, le créancier gagiste doit prévoir qu'il devra, en cas de réalisation telle qu'elle est souhaitée, constater que le gage est éteint depuis longtemps. Un tel effet ne saurait améliorer la position d'un créancier gagiste potentiel. On pourrait envisager une solution en laissant au gage toute sa validité pour un temps limité alors même que la condition des propres besoins n'est plus remplie. Pour ce cas-là, il faudrait statuer qu'aucun droit supplémentaire à la prévoyance ne peut être mis en gage pour l'objet en question.

Afin de tenir compte de la condition légale des propres besoins, il faudrait prévoir un remplacement du gage dans un délai de 3 ans à partir de la date où l'une des conditions prévues par l'ordonnance n'est plus remplie, ce qui permettrait aussi un abandon provisoire, sans conséquences, de cette condition (par exemple séjour à l'étranger). Toutefois, l'extinction du gage doit avoir lieu au plus tard au moment du transfert de propriété. Il incombe au contrat de mise en gage de réglementer en détail le remplacement du gage.

Les mesures décrites ici pourraient, dans un assez bref délai, être prises au niveau des ordonnances.

1.2 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur en cas de décès de l'assuré, dans le régime obligatoire

L'article 40 LPP prévoit expressément que seuls les droits aux prestations de vieillesse peuvent être mis en gage. En cas de décès prématuré de l'assuré, le gagiste a entre les mains un gage vide. Cette restriction n'était pas encore prévue dans la teneur adoptée par la commission du Conseil national. La situation de l'assuré par rapport à un gagiste potentiel serait bien entendu sensiblement meilleure si ce dernier pouvait tirer profit du gage aussi en cas de décès.

Dans la pratique, le résultat serait le suivant: Une prestation en cas de décès (capital ou rente) ne pourrait être versée par l'institution de prévoyance qu'avec l'approbation du gagiste (comme dans les cas d'avoirs de vieillesse mis en gage, lorsque l'assuré prend sa retraite, ou avant un paiement éventuel en espèces selon l'article 30 LPP). Cette approbation ne sera donnée cependant par le gagiste que si ce dernier ne veut pas réaliser le gage.

En cas de réalisation du gage, la prestation pour cause de décès est réduite en conséquence. Le règlement d'une institution de prévoyance pourrait, à ce propos, prévoir - à titre de restriction - que la réduction de rentes d'orphelins est exclue dans tous les cas.

Contrairement à la solution actuelle, la sûreté du gage en serait nettement accrue, sans toutefois devenir absolue. La condition de la réalisation d'un gage reste l'existence de droits à la prévoyance en cas de décès. S'il n'existe pas de droits de ce genre (par exemple dans les cas de célibataires), une réalisation du gage n'est pas non plus possible.

Il faut tenir compte aussi de l'aspect fiscal. Si le gage est réalisé, la somme réalisée est soumise à l'impôt en tant que prestation en capital. Si le bénéficiaire est aussi l'héritier qui deviendra propriétaire du logement, cette imposition paraît justifiée, parce que la contre-valeur de la somme réalisée est utilisée pour réduire la dette grevant l'immeuble. En revanche, si le bénéficiaire et les héritiers de ladite propriété ne sont pas les mêmes, une imposition devient problématique.

La possibilité de mettre en gage des droits à la prévoyance dans le cadre de la prévoyance obligatoire, aussi en cas de décès, serait évidemment soumise aussi à la condition que l'article 40 LPP soit modifié.

1.3 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur en cas d'invalidité totale de l'assuré, dans le régime obligatoire

Selon l'article 40 LPP, le gage devient caduc également en cas d'invalidité totale de l'assuré, parce que, dans ce cas-là aussi, l'intéressé n'a plus droit à des prestations de vieillesse. C'est ce qui se produit, du moins, pour les institutions de prévoyance autonomes et pour toutes celles qui assurent l'invalidité selon la pure logique de la LPP (rente d'invalidité à vie selon l'art. 26, 3e al., LPP).

Si le gagiste peut, lors du versement des prestations d'invalidité, réaliser le gage, il peut en résulter, pour l'assuré, une situation pénible. Certes, la réduction de la rente

est accompagnée d'une diminution des intérêts de dettes grevant l'immeuble; cependant, c'est justement au début d'une période d'invalidité totale qu'un besoin supplémentaire de capitaux se fait souvent sentir.

Bien entendu, si la réalisation du gage doit être possible, aussi en cas d'invalidité totale, dans le régime obligatoire, il faudrait modifier également dans ce sens l'article 40 LPP.

L'amélioration de la sûreté du gage en cas de décès et d'invalidité, dans le régime obligatoire, apparaît problématique aux yeux du groupe de travail, étant donné les conséquences pour les bénéficiaires, soit pour les invalides. En revanche, ce groupe a étudié consciencieusement la possibilité d'étendre la mise en gage au régime hors-obligatoire (préobligatoire et surobligatoire); ce faisant, il faudrait cependant admettre seulement dans ce secteur la possibilité de mettre en gage tous les droits à la prévoyance (= sûreté du gage améliorée). Ainsi, le but de prévoyance visé dans le régime obligatoire conserverait une priorité absolue.

1.4 Extension de la possibilité de mise en gage au régime hors-obligatoire en englobant tous les droits aux prestations de la prévoyance

Deux raisons principales justifient une telle extension:

1. Compte tenu de la part relativement modeste - pour ce qui est de la fortune -que représentera, pour bien des années encore, la prévoyance obligatoire dans l'ensemble du régime de la prévoyance professionnelle, un encouragement efficace de la propriété du logement, à long terme, n'est possible que dans le régime libre.

2. Ce sont, toutefois, avant tout des considérations liées au but de la prévoyance qui parlent en faveur de cette variante. On peut effectivement estimer que là où il existe seulement une protection par la prévoyance dans le cadre du régime obligatoire, le but de prévoyance, c'est-à-dire le versement d'une prestation de prévoyance en espèces en faveur de l'assuré, devrait conserver la priorité. Ceci vaut en particulier pour la génération d'entrée. Etant donné que l'instrument "Mise en gage" des droits aux prestations provoque un transfert des frais d'acquisition et/ou de financement à la date à laquelle le contrat de mise en gage prend fin, la situation de revenu et de fortune, telle qu'elle se présente alors, a une importance décisive. C'est le cas, tout spécialement, lorsqu'il s'agit d'un prêt considérable qui n'est pas amorti jusqu'à l'âge de la retraite. Si l'assuré dispose seulement de prestations de l'AVS et de celles de la prévoyance obligatoire, de graves problèmes pourraient se poser pour lui et ses survivants. Ces problèmes devraient être moins difficiles dans les cas d'amortissement ajourné. Les possibilités offertes dans le cadre du régime obligatoire devraient, ici, être suffisantes.

   En revanche, dans le régime hors-obligatoire, il peut être souhaitable et judicieux d'affecter à la propriété du logement une partie des droits à la prévoyance. Pour rendre cette mesure d'encouragement vraiment efficace, il faudrait chercher à améliorer la sûreté du gage, contrairement au régime obligatoire.

On pourrait trouver l'amorce d'une solution en complétant l'article 331 c, 2e alinéa, CO, où est posé le principe de l'impossibilité de la mise en gage des droits à la prévoyance. Un alinéa supplémentaire pourrait lever cette interdiction pour permettre l'acquisition de la propriété d'un logement utilisé par l'assuré lui-même, ou pour ajourner l'amortissement des prêts hypothécaires grevant ce logement. Ce faisant, on devrait - aussi en tenant compte du but de prévoyance - prévoir une limitation des droits à mettre en gage. La possibilité de mise en gage devrait, par exemple, être limitée au capital de couverture disponible ou au dépôt d'épargne, mais pour le moins aux droits aux prestations de libre passage existant lors de la mise en gage.

Cette solution aurait un avantage évident: c'est que l'article 40 LPP, non modifié dans cette variante, ne serait plus "isolé dans l'espace". Il constituerait, dans cette conception, une restriction du principe général prévu par le CO, qui permettrait la mise en gage de tous les droits à la prévoyance pour la propriété du logement. Derrière cette solution qui, d'ailleurs, présenterait également des avantages en ce qui concerne la procédure, il y aurait aussi une conception claire de la prévoyance, Une modification de l'article 331c, 2e alinéa, CO ne concernerait que l'encouragement de la propriété du logement et serait transparente en conséquence. En revanche, une modification de la LPP touchant uniquement ledit encouragement n'est pas concevable du point de vue politique. Une telle modification pourrait se faire, il est vrai, à une époque ultérieure, par exemple dans le cadre d'une révision générale de la LPP qui s'étendrait aussi à plusieurs autres thèmes. Il faut rejeter, tout spécialement, l'idée de compléter l'article 49, 2e alinéa, LPP en y mentionnant aussi l'article 40 (articles valables aussi pour le régime hors-obligatoire). Une telle modification ne résoudrait pas le problème du cas de décès ou d'invalidité prématuré.

En complétant le CO dans ce sens, on apporterait en outre, conformément à un désir exprimé fréquemment, une amélioration à la variante de la mise en gage dans le cadre de la prévoyance individuelle liée.

2. UTILISATION DES FONDS DE PRÉVOYANCE

La garantie de prêts hypothécaires par l'institution de prévoyance du personnel en faveur de ses assurés constitue une forme indirecte de l'utilisation des fonds de prévoyance dans la propriété du logement. L'institution de prévoyance reste propriétaire des fonds ainsi utilisés. Par conséquent, il existe entre elle et l'assuré un rapport normal de créancier à débiteur. Les droits de prévoyance de l'assuré demeurent intacts.

Il convient de distinguer entre la libre garantie de prêts hypothécaires et le droit d'obtenir de tels prêts. En outre, il existe deux méthodes qui sont fondamentalement différentes. La variante usuelle consiste en la garantie directe d'un prêt lors de l'acquisition d'un logement ou pour amortir une hypothèque existante qui était garantie par un autre créancier hypothécaire. C'est pourquoi il a toujours été question, à propos des concepts de l'encouragement de l'accession à la propriété du logement, de la variante dite "d'amortissement". Dans cette variante, l'institution de prévoyance amortit la créance hypothécaire du tiers en proportion des bonifications de vieillesse en cours de l'assuré. De cette manière, elle prend successivement la place du créancier qui a garanti avant elle le prêt sur le gage immobilier

(subrogation). La variante de l'amortissement est d'ailleurs applicable déjà selon le droit actuel; cependant, elle n'a guère été utilisée jusqu'à présent.
On peut également songer à d'autres formes directes de l'utilisation des fonds de prévoyance. Ce qui caractérise ces formes, c'est qu'elles diminuent les droits de prévoyance des assurés envers leur institution de prévoyance en proportion des moyens utilisés.

2.1 Elévation de la limite des charges pour des prêts hypothécaires

Aujourd'hui, on peut en principe partir de l'idée que le financement d'un objet d'habitation est, en règle générale, assuré à 80% au moins de sa valeur vénale. C'est le financement du reste qui peut poser éventuellement des problèmes. L'encouragement de l'accession à la propriété du logement par les moyens de la prévoyance professionnelle devrait intervenir surtout ici. L'article 54, lettre b, OPP 2 prévoit cependant, dans le cadre des directives en matière de placement, qu'une institution de prévoyance ne peut garantir un prêt hypothécaire que jusqu'à 80% de la valeur vénale de l'objet. On pourrait donc prévoir, en vue d'encourager la propriété du logement, d'élever par exemple à 90% cette limite des charges pour la propriété d'un logement affecté aux propres besoins de l'assuré. Il va de soi que l'institution de prévoyance demeure celle qui supporte le risque de ce prêt; on peut toutefois imaginer dans les cas particuliers une combinaison avec l'instrument constitué par la mise en gage des droits à la prévoyance (créancier gagiste = institution de prévoyance). De cette manière on pourrait faire supporter le risque, en partie, par les assurés.

Il y a lieu ici de rappeler que l'on peut déjà, en se fondant sur l'article 5, 3e alinéa, OPP 3, abroger les limites prévues à l'article 54, lettre b, OPP 2 quand une fondation bancaire garantit des prêts hypothécaires destinés à financer la propriété d'un logement pour les propres besoins du preneur de prévoyance.

2.2 Taux d'intérêt préférentiel pour les prêts hypothécaires

D'une part, il convient d'encourager l'accession à la propriété du logement lorsque le financement d'un reste n'est pas assuré. Un tel encouragement peut toutefois également servir à abaisser les frais de financement. C'est pourquoi l'on peut se demander si l'institution de prévoyance ne doit pas garantir un taux d'intérêts préférentiel sur les prêts hypothécaires destinés à financer la propriété d'un logement pour les propres besoins de ses assurés. Selon l'article 51 OPP 2, l'institution de prévoyance doit tendre à un rendement correspondant au revenu réalisable sur le marché de l'argent, des capitaux et des immeubles. Le groupe de travail part de l'idée que le taux d'intérêt doit en principe s'en tenir à celui du marché de l'argent, des capitaux et des immeubles; on pourrait appliquer le taux d'une hypothèque de rang inférieur. Compte tenu des intérêts des autres assurés, qui ne pourraient pas en profiter, il y a toutefois lieu de rejeter l'idée de garantir un taux nettement préférentiel, c'est-à-dire pas du tout usuel sur le marché de l'argent. C'est d'ailleurs dans ce sens que se sont déjà exprimés diverses autorités de surveillance et tribunaux. De l'avis du groupe de travail, ce principe de l'égalité de traitement des assurés ne serait pas violé si l'intérêt correspondait à celui d'une hypothèque de rang inférieur; il ne le serait certainement pas si le prêt était doublé d'une mise en gage.

A ce sujet, le groupe de travail a examiné si le principe de l'égalité de traitement ancré dans le droit des fondations, comme dans celui des coopératives et dans le droit public, avait pour conséquence que le prêt de la première hypothèque ayant été garanti, tout nouveau destinataire aurait droit à un tel prêt aux mêmes conditions. Tel ne peut être le cas que si les modalités du prêt ont été réglées en détail dans les statuts ou les règlements.

2.3 Droit à l'octroi de prêts hypothécaires

Avis de la majorité du groupe de travail
Le droit à l'octroi de prêts hypothécaires pose une série de problèmes de principe. Dès qu'une institution de prévoyance garantit des prêts hypothécaires à ses assurés non plus de son libre arbitre, mais qu'on peut l'obliger à le faire, elle perd sa totale autonomie en matière de placements. Une telle perte toucherait au principe fondamental de la responsabilité de l'institution de prévoyance. Du point de vue purement pratique, aussi, il faut songer que l'institution de prévoyance serait limitée dans ses disponibilités; elle devrait, lorsqu'elle a besoin de liquidités, tenir compte également des prêts hypothécaires garantis, sans pouvoir influencer leur ampleur et leur échéance. Ces inquiétudes auraient moins de poids si le droit à l'octroi de prêts hypothécaires se limitait à la variante de l'amortissement, dans laquelle seuls les apports en cours pourraient être utilisés pour amortir.

On peut aussi alléguer, si l'on rejette l'idée d'un droit à l'octroi de prêts hypothécaires, que son instauration nécessiterait une série de règles accessoires, tant sur le plan des lois que sur celui des ordonnances. Ainsi, il y aurait lieu de prévoir, en cas de sortie de l'assuré de l'institution de prévoyance, des mesures spéciales. Devrait-on par exemple obliger la nouvelle institution de prévoyance ou le preneur de la prestation de libre passage à devenir créancier? L'institution de prévoyance peut-elle garder la fortune de prévoyance correspondant à la somme du prêt? La limite des charges pour une hypothèque (obtenue de force) ne devrait-elle pas être fixée plus bas que normalement afin de diminuer dès le départ la charge de la fortune de solidarité avec d'autres risques éventuels? Avec un tel système, c'est précisément le but principal de l'encouragement de l'accession à la propriété du logement - combler le financement que ne peut fournir l'assuré - qui ne serait plus atteint. Même si l'institution de prévoyance avait le droit, dans des cas motivés, de refuser la garantie du prêt, la pratique aurait un autre visage.

Pour des motifs psychologiques, et compte tenu également des intérêts des salariés, les possibilités de refuser une demande de prêt hypothécaire seraient plutôt rares. L'attitude négative de la majorité du groupe de travail au sujet d'un droit à l'octroi de prêts hypothécaires se justifie également si l'on considère la situation du marché. La proposition faite naguère par la commission du Conseil national, ainsi que le rapport présenté plus tard par la commission d'experts MASSET (1979), se trouvaient sans nul doute placés sous l'influence d'une phase extraordinaire de haute conjoncture et de pénurie d'argent des créanciers hypothécaires. Aujourd'hui, et pour un certain temps encore, une charge allant jusqu'à 80% et plus de la valeur vénale sur le marché peut être obtenue en tout temps, pour autant que l'objet corresponde aux conditions financières du propriétaire. Si la dernière condition ne joue pas, ce n'est pas non plus le prêt obligatoire octroyé par l'institution de prévoyance qui résoudra ce problème de fond. Il convient en plus de constater qu'entre-temps, le marché

hypothécaire est devenu beaucoup plus riche en possibilités de financement. Ainsi, par exemple, le modèle "hypothèque à intérêts échelonnés" permet d'atteindre plus facilement le but visé par la variante de l'amortissement.

Proposition de la minorité du groupe de travail
Une minorité du groupe de travail est d'avis qu'il faut donner au preneur de prévoyance le droit d'exiger de l'institution de prévoyance, au sens des propositions faites par la commission MASSET ainsi que par la motion ALIESCH, des prêts hypothécaires et/ou la reprise de l'obligation d'amortir des hypothèques bancaires. Pour des motifs de liquidités et vu le "potentiel d'encouragement" actuellement en discussion, c'est en particulier la seconde possibilité qui a de l'importance.

La reprise de l'amortissement par l'institution de prévoyance libère le propriétaire du logement de l'obligation d'épargner en même temps auprès de d'un créancier gagiste (en général, une banque) et dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Etant donné que les premières années après l'acquisition d'un logement constituent en général une "traversée du désert" sur le plan des finances, la libération de l'obligation d'amortir l'hypothèque peut être déterminante pour l'acquisition de l'objet locatif. Il est vrai que le marché hypothécaire offre déjà actuellement plusieurs modèles de financement, où l'obligation d'amortir est ajournée. Ceux-ci sont toutefois fortement liés à la situation actuelle du marché et ne peuvent pas être directement comparés à la solution à long terme proposée au sein du 2e pilier.

Seul l'accroissement annuel de l'avoir de vieillesse doit être utilisé pour amortir l'hypothèque bancaire. Des problèmes de liquidités sont ainsi exclus. L'institution de prévoyance devient petit à petit la créancière du prêt en reprenant successivement l'hypothèque bancaire, et elle reprend également, au cours du temps, la seconde hypothèque qui doit être totalement amortie. Cette solution demande également, de manière impérative, la suppression de la limite des charges dans les directives en matière de placement. En plus, il conviendrait de régler le problème du passage de l'assuré dans une autre institution de prévoyance. A ce propos, le rapport MASSET contient déjà la proposition suivante:

> "Si l'assuré a déjà obtenu de son ancienne institution de prévoyance un prêt qui ne peut être repris par la nouvelle caisse, son avoir de libre passage à transférer est réduit du montant du prêt. Si le prêt est amorti par un tiers, le but de prévoyance doit être maintenu."

Dans cette solution, c'est l'institution de prévoyance qui supporte le risque. Il convient toutefois de constater que lors de la reprise de l'obligation d'amortir, il existe déjà un prêt hypothécaire qui est en principe garanti selon les usages bancaires. En outre, d'autres mesures pour assurer le but de prévoyance sont imaginables. Selon le rapport MASSET, par exemple, l'accroissement périodique de l'avoir de vieillesse aurait dû servir seulement à remplir les obligations d'amortissement pendant 25 ans. Des amortissements libres au moyen de la prévoyance professionnelle ne seraient pas autorisés. Enfin, une obligation d'amortir offrirait cette sûreté: c'est qu'au moment de la mise à la retraite, lors d'une éventuelle compensation entre la dette hypothécaire encore existante et une partie de la prestation en espèces de la rente de vieillesse, celle-ci ne serait pas réduite de plus de 25 %.

En outre, un examen habituel de la solvabilité de l'assuré par l'institution de prévoyance demeure toujours réservé. Si la limite est très haute, l'institution de prévoyance pourrait exiger que le preneur du prêt fournisse, par exemple par des cautions publiques ou privées, des sécurités supplémentaires.

La minorité du groupe de travail estime que l'autonomie de placement de l'institution de prévoyance doit céder la priorité, dans ce cas, à l'encouragement de l'accession à la propriété. Les risques liés à la solution proposée sont supportables, selon elle, et il existe diverses solutions pour son exécution pratique.

2.4 Utilisation directe des fonds de prévoyance

Chacun se plaît à reconnaître que l'encouragement de l'accession à la propriété du logement le plus efficace est à rechercher dans l'utilisation directe des capitaux de prévoyance pour augmenter la quotité du capital propre dans la propriété du logement en question. En effet, tel qu'il est, l'instrument "mise en gage" ne peut guère contribuer à réduire les frais du financement; dans le meilleur des cas, il ne fait que faciliter l'accès à un capital étranger. La "variante de l'utilisation" pourrait en revanche contribuer d'une manière simple à résoudre le problème du financement non couvert et, en particulier, provoquer une véritable diminution des frais de financement. D'un autre côté, l'utilisation des fonds de prévoyance modifierait de manière essentielle la conception actuelle de la prévoyance. A ce propos, deux variantes seraient à envisager:

2.4.1 Paiement en espèces en vue d'un investissement destiné à l'acquisition d'un logement

Le capital échapperait alors au cercle de la prévoyance et serait donc immédiatement imposable. Le groupe de travail ne peut recommander cette variante ni sous sa forme générale, ni lorsqu'il s'agit seulement de la sortie de l'institution de prévoyance. L'encouragement de l'accession à la propriété du logement obtiendrait ainsi la priorité absolue sur le but primaire de prévoyance (cf. no 1.4.2). En outre, plusieurs possibilités d'abus apparaîtraient.

2.4.2 Utilisation directe des fonds de prévoyance, en respectant le principe du but de prévoyance

Le projet d'ordonnance de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance individuelle liée prévoit de telles variantes d'utilisation.

Le but de prévoyance est à chaque fois garanti par les mesures qui s'imposent. L'application de ce modèle au 2e pilier serait toutefois liée à plusieurs difficultés supplémentaires. Il convient de signaler d'une part le concept des prestations plus complexe dans le cas du 2e pilier et, d'autre part, la fonction de surveillance dont la responsabilité est importante et pour laquelle il conviendrait encore de trouver une institution adéquate. Lors des travaux préparatoires consacrés à l'ordonnance réglant la prévoyance individuelle liée, on a bientôt constaté qu'il aurait été indésirable, sur le plan politique, de confier cette tâche à une autorité étatique; cela aurait conduit, en particulier, à des difficultés administratives.

Le groupe de travail estime que cette solution d'utilisation constitue une possibilité efficace et peut-être intéressante d'encourager l'accession à la propriété du logement dans le cadre de la prévoyance hors-obligatoire; il est toutefois indiqué de faire tout d'abord des expériences avec cette variante dans le cadre de la prévoyance individuelle liée.

3. DIRECTIVES EN MATIÉRE DE PLACEMENT DE L'OPP 2

Le groupe de travail est conscient du fait que l'encouragement de l'accession à la propriété du logement par les moyens de la prévoyance professionnelle nécessite également des mesures supplémentaires, afin de créer plus de possibilités d'acquérir la propriété du logement pour l'usage de l'assuré lui-même. Il pense en particulier à une offre plus large de propriétés par étage.

Le groupe estime par ailleurs qu'il n'entre pas dans son mandat de se prononcer sur les multiples mesures qui existent hors du domaine de la prévoyance professionnelle. En revanche, il s'est occupé des directives en matière de placement de l'OPP 2 à propos de ce problème. Quelques membres du groupe du travail supposent que la limite maximale des placements, prévue dans les directives, de 50% en immeubles de l'ensemble de la fortune peut être contra-productif en regard du financement de logements en propriétés par étage, car il conduirait probablement à un accroissement de la part en immeubles qui se situe aujourd'hui en moyenne à 22 % (institutions de prévoyance privées). Comme chacun le sait, divers offices fédéraux étudient actuellement ce problème. Il n'existe pas encore de résultats concrets des études entreprises. Il y a toutefois lieu de recommander un examen soigneux, aussi complet que possible, qui étudie en particulier les effets d'un engagement immobilier éventuellement réduit des institutions de prévoyance sur le marché des logements. De plus, l'examen devrait être consacré aux possibilités de placement alternatives et équivalentes qui pourraient être offertes aux institutions de prévoyance. Une importante réduction de la part en immeubles ne saurait rester sans effets sur la limite maximale autorisée pour les autres catégories de placement.

Vue d'ensemble

1. Mise en gage des droits aux prestations de la prévoyance

1.0 Possibilités d'utilisation restreintes, selon le droit actuel

1.1 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur, lorsque le logement n'est plus destiné aux propres besoins de l'assuré.

Solution grâce à une modification de l'article 11 de l'ordonnance réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse.

1.2 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur, en cas de décès de l'assuré, dans le cadre du régime obligatoire

Solution: modifier l'article 40 LPP.

1.3 Amélioration de la sûreté du gage pour le prêteur, en cas d'invalidité totale de l'assuré, dans le régime obligatoire

Solution: modifier l'article 40 LPP

1.4 Extension de la possibilité de mise en gage au régime hors-obligatoire en englobant tous les droits aux prestations de la prévoyance

Solution: compléter l'article 331 c, alinéa 2 CO.

Cette solution permet la mise en gage des droits aux prestations de la prévoyance en cas de décès et d'invalidité, uniquement dans le cadre du régime hors-obligatoire de la prévoyance professionnelle et en matière de prévoyance individuelle liée. Bien que non absolue, la sûreté du gage en faveur du créancier gagiste serait ainsi considérablement plus élevée dans ce domaine. Une telle solution implique également que la réalisation du gage ne peut intervenir que s'il existe des droits aux prestations de la prévoyance, c'est-à-dire des bénéficiaires, selon le règlement.

2. Utilisation des fonds de prévoyance

2.1 Elévation de la limite des charges pour des prêts hypothécaires

Solution: compléter les directives de placements de l'OPP 2.

2.2 Taux d'intérêt préférentiel pour les prêts hypothécaires

Solution: compléter les directives de placements de l'OPP 2.

2.3 Droit à l'octroi de prêts hypothécaires - majorité du groupe de travail: refus - minorité: d'accord.

2.4 Utilisation directe des fonds de prévoyance

2.4.1 Paiement en espèces en vue d'un investissement destiné à l'acquisition d'un logement pour le propre usage.

Solution: modifier la LPP et le CO.

2.4.2 Utilisation directe des fonds de prévoyance, en respectant le principe du but de prévoyance (dans le cadre du régime de la prévoyance hors-obligatoire).

Solution: compléter le CO.

3. Directives en matière de placement de l'OPP 2

Diminution de l'engagement des institutions de prévoyance dans le domaine immobilier

Solution: modifier les directives de placements de l'OPP 2.

Le groupe de travail chargé de l'examen des placements recommande de procéder à une enquête ayant trait aux effets de la détention d'immeubles par

des institutions de prévoyance sur le marché du logement, plus particulièrement, sur l'offre dans le domaine de la propriété par étage.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 7

du 5 février 1988

TABLE DES MATIERES

36 Participation des salariés lors de la dissolution du contrat d'affiliation
37 Rentes de vieillesse anticipées et différées
38 Caractéristiques du compte bancaire de libre passage
39 Jurisprudence: Droit du passant de choisir la forme du maintien de la prévoyance
40 La couverture du risque accident
41 Indépendance de l'organe de contrôle
42 L'indépendance de l'expert
43 La perception des cotisations et la mainlevée
44 Une nouvelle ordonnance d'application de la LPP: exceptions au maintien du secret
45 Liste des textes législatifs, des dispositions d'application, des tables et répertoires

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

36 Participation des salariés lors de la dissolution du contrat d'affiliation

(art.11, 2e al., LPP)

De différents côtés, l'OFAS a été saisi de la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure les salariés soumis à la LPP peuvent participer lors de la dissolution d'un contrat d'affiliation conclu entre leur employeur et une institution de prévoyance enregistrée.

Vu la portée générale de ce problème, nous nous prononçons ci-après sur le fond:

Bien que ses effets profitent en premier lieu à des tiers, le contrat d'affiliation lie uniquement l'institution de prévoyance et l'employeur concerné et non pas les salariés. Par conséquent, la résiliation d'un tel contrat relève d'abord de la compétence des parties contractantes, dont une est l'employeur. Celui-ci doit toutefois, entre autres au moment de la conclusion et de la dissolution du contrat d'affiliation, se conformer à certaines obligations légales. Avant de s'affilier à une institution de prévoyance enregistrée, il devra en particulier obtenir le consentement de son personnel (art. 11, 2e al., LPP). Cet accord est aussi nécessaire pour dissoudre un contrat de ce genre quand bien même cela n'est pas expressément prévu dans la loi. En effet l'article 11, 2e alinéa, LPP appliqué à la lettre conduirait à l'absurde, en ce sens que l'employeur devrait certes s'entendre avec son personnel pour passer un contrat d'affiliation avec une institution de prévoyance enregistrée, mais qu'il pourrait dissoudre celui-ci de son propre chef à la prochaine occasion pour s'affilier à une institution de prévoyance de son choix.

L'affiliation de l'employeur (et de son personnel soumis à la LPP) à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle constitue un point central de l'application du régime de l'assurance obligatoire au sens de la LPP. Il semble donc aussi justifié au regard de l'article 51 LPP que l'organe paritaire de l'institution de prévoyance (le cas échéant celui de la caisse de prévoyance) statue sur la dénonciation d'un contrat d'affiliation. Cela implique que les membres dudit organe soient informés suffisamment sur les raisons pour lesquelles un changement est envisagé, sur les conséquences de ce dernier et sur les conditions auxquelles est lié le passage à une autre institution. Pour respecter l'esprit de la loi, les assurés devraient aussi en être informés d'une façon convenable par leurs représentants. Exiger l'accord de tous les salariés occupés par l'employeur désireux de dissoudre le contrat irait cependant trop loin et serait disproportionné à la protection visée par la norme. De surcroît, certains salariés pourraient ainsi à leur guise, à partir d'une attitude d'obstruction, empêcher une dissolution, tout à fait justifiée quant au fond, du contrat d'affiliation.

37 Rentes de vieillesse anticipées et différées / Adaptation du taux de conversion

(art. 13, 2e al., LPP)

Conformément à la LPP, le droit aux prestations de vieillesse prend normalement naissance à l'âge de 65 ans pour les hommes et de 62 ans pour les femmes. Le règlement d'une institution de prévoyance peut néanmoins prévoir que ce droit prend

naissance **dès le jour où l'activité lucrative prend fin** (art. 13 LPP). L'assuré bénéficie en pareils cas de rentes de vieillesse anticipées ou différées. En règle générale, on part du principe que la cessation de l'activité lucrative est définitive.

Or, comment traiter les cas suivants où quelqu'un continue d'exercer une activité lucrative mais dans une mesure réduite.

1. En cas de retraite anticipée

a) Si une personne continue de travailler, avec un horaire réduit, **dans la même entreprise**, il ne s'agit pas d'une retraite anticipée puisque la personne concernée n'abandonne pas son activité lucrative. Dans la mesure où cette activité réduite lui permet quand même d'atteindre le salaire minimum d'assujettissement au régime obligatoire (état au 1er janvier 1988: 18'000 francs), le travailleur en question reste assuré selon la LPP et les bonifications de vieillesse sont adaptées en conséquence. Si le salaire minimum n'est toutefois plus atteint, l'assurance obligatoire cesse et la prévoyance doit être maintenue, soit auprès de la même institution de prévoyance, pour autant que le règlement le prévoie, soit au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage (cf. art. 12 de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage).

b) Le commencement de cette activité lucrative réduite dans une autre entreprise entraîne la situation suivante: il faut appliquer l'article 13, 2ème alinéa, LPP, quant aux rapports de travail concernés, en se mettant à la place de l'institution de prévoyance de l'ancien employeur. Si le règlement de cette dernière permet la retraite anticipée, et que celle-ci est également voulue par l'assuré lui-même, la fin de l'activité lucrative en pareil cas doit être envisagée comme une retraite anticipée et non pas comme un cas de libre passage. L'assuré a dès lors droit aux prestations de vieillesse de cette institution de prévoyance et non pas à une prestation de libre passage (art. 13, 2e al., et art. 27, 2e al., LPP). S'il recommence une activité dans une autre entreprise et y remplit les conditions d'assujettissement au régime obligatoire, il est de nouveau assuré à titre obligatoire, sur la base des nouveaux rapports de travail, auprès de l'institution de prévoyance du nouvel employeur. A l'âge de 65/62 ans, c'est-à-dire lorsque l'assuré (e) atteint l'âge légal de la retraite, il va toucher une seconde rente de vieillesse qui, en raison de son montant peu élevé, sera le plus souvent versée sous la forme d'une prestation en capital (art. 37, 2e al., LPP). Cette rente est calculée en fonction de l'avoir de vieillesse accumulé durant cette nouvelle activité lucrative.

2. En cas d'ajournement de la retraite

Il arrive aussi qu'une personne continue de travailler chez le même employeur au-delà de l'âge légal de la retraite. Dès l'âge de 65/62 ans; la personne concernée n'est toutefois plus soumise à l'assurance obligatoire au sens de la LPP, si bien qu'il n'y a plus lieu de prévoir des bonifications de vieillesse (art. 16 LPP). En revanche, le taux de conversion devra être modifié en conséquence.

Valeurs indicatives pour l'adaptation du taux de conversion

En cas de retraite anticipée ou différée, la rente de vieillesse est calculée sur la base de l'avoir de vieillesse acquis, le taux de conversion ordinaire de 7,2 étant adapté vers le bas ou vers le haut.

Les valeurs indicatives suivantes servent d'exemples. Elles reposent sur les mêmes bases que le taux de 7,2 mentionné à l'article 17, 2e alinéa, OPP 2. Ce taux résulte de l'application des bases de la CFA 80, 13,5 % pour les hommes (taux arrondi). Celles-ci ont été choisies pour différentes raisons: d'une part, le taux devait être valable indépendamment de l'état civil et du sexe et, d'autre part, l'espérance de vie en hausse incitait, elle aussi, à une certaine prudence pour fixer le taux de conversion.

Hommes	Femmes	Taux de conversion
60	57	6.2
61	58	6.4
62	59	6.6
63	60	6.8
64	61	7.0
65	**62**	**7.2**
66	63	7.4
67	64	7.6
68	65	7.9
69	66	8.2
70	67	8.5

38 Caractéristiques du compte bancaire de libre passage

(Art. 29, 4e al., LPP et art. 2, 3e al., de l'Ordonnance sur le libre passage)

Lorsqu'un assuré quitte une institution de prévoyance parce que ses rapports de travail ont été dissous ou lorsque le salaire minimum n'est plus atteint et qu'il cesse d'être soumis au régime obligatoire (art. 12 de l'ordonnance), la prévoyance acquise peut être maintenue, conformément à l'article 2 de l'Ordonnance sur le libre passage, notamment au moyen d'un compte de libre passage. Il s'agit là d'un contrat de prévoyance conclu avec une banque cantonale ou une fondation bancaire de libre passage (cf. art. 2, 3e al., de l'Ordonnance). Il semble que des incertitudes subsistent encore dans l'application de cette dernière disposition, rendant nécessaires quelques précisions, tout en mettant en exergue certaines modifications apportées par l'Ordonnance en cette matière. Nous nous limiterons ici au contrat de prévoyance proprement dit, abstraction faite de l'assurance complémentaire pour la couverture des risques de décès et d'invalidité (art. 2, 3ème al., let. b.).

Constitution du compte de libre passage

Contrairement à la pratique instituée avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance, le 1er janvier 1987, ce n'est plus l'institution de prévoyance, débitrice de la prestation de libre passage, qui est partie contractante avec la fondation bancaire ou la banque cantonale, mais l'assuré épargnant. Auparavant celui-ci était à l'arrière-plan dans

l'ouverture du compte de libre passage; il n'était considéré que comme le bénéficiaire des prestations. Il devient maintenant directement partie contractante et par conséquent preneur de prévoyance. Ainsi, le droit de disposer des avoirs du compte de libre-passage n'est plus déterminé par l'ancien règlement de l'institution de prévoyance à laquelle il était affilié. Le règlement de la fondation bancaire de libre passage ou de la banque cantonale doit contenir des dispositions régissant la naissance et le droit aux prestations.

Résiliation du contrat
Le contrat de prévoyance ne peut être résilié dans n'importe quelles circonstances. Ces dernières sont précisées dans l'ordonnance. Il s'agit des cas mentionnés à l'article 4 ou lorsque naît un droit aux prestations (cf. art. 7), à savoir en cas:

- de transfert du capital de prévoyance dans une institutionde prévoyance
- d'adoption d'une autre forme ou institution de maintien de la prévoyance
- de retraite
- d'invalidité entière au sens de l'AI
- de paiement en espèces de la prestation de libre passage

Si l'assuré satisfait à l'une ou l'autre de ces conditions légales, c'est lui seul en tant que preneur de prévoyance, et compte tenu de la nature particulière du contrat de prévoyance, qui peut mettre fin à ce dernier.

Cercle des bénéficiaires
Le cercle des bénéficiaires a été étendu par rapport à la pratique suivie jusqu'à présent. Cela est dû au fait que la prévoyance professionnelle, au stade du maintien de la prévoyance, acquiert un caractère individuel. Ce cercle s'étend jusqu'aux "autres héritiers" par quoi il faut entendre aussi bien les héritiers légaux que les héritiers institués. C'est en dernier lieu la corporation publique (cantons ou communes) qui, conformément à l'article 466 du Code civil suisse, devient bénéficiaire des prestations. Cela signifie qu'à défaut d'ayants droit, le capital de prévoyance ne retourne plus à l'ancienne institution de prévoyance comme dans l'ancien système.

On peut également se demander à cet égard quel est le sort du compte de libre passage lorsque ni l'assuré lui-même ni aucun héritier ne réclame, pour une raison ou une autre, le montant qui lui est dû. Cette question soulève le problème de la prescription. Selon la LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par 10 ans lorsqu'il s'agit d'une prestation unique, comme c'est le cas en l'espèce. En d'autres termes, une banque cantonale ou une fondation bancaire de libre passage doit, en l'absence de toute demande de versement, être tout de même en mesure de verser le montant de prévoyance dans un délai de 10 ans à partir de l'exigibilité de la prestation, en l'occurrence dès le décès de l'assuré, ou en tout cas au plus tard dès le moment où celui-ci aurait atteint l'âge de la retraite (65/62 ans).

39 Jurisprudence: Droit du passant de choisir la forme du maintien de la prévoyance, en particulier pour la prévoyance hors-obligatoire

(art. 331c, 1er al., CO; art. 29, 4e al, LPP; art. 2, 1er al., et art. 13, 3e al., de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage)

Dans son arrêt du 3 août 1987 en la cause J.F. (publié dans la RCC 1988, p. 48), le Tribunal fédéral des assurances a connu de la question de savoir si la forme du maintien de la prévoyance garanti par le règlement d'une institution de prévoyance peut être fixée d'avance, en ce sens que seule la police de libre passage serait admise ou si, au contraire, le passant peut choisir librement lorsque la prévoyance ne peut être maintenue ni auprès d'une nouvelle institution de prévoyance ni auprès de l'ancienne et qu'aucun paiement en espèces n'est possible.

En vertu de l'article 2, 1er alinéa, et de l'article 13, 3e alinéa, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (Ordonnance sur le libre passage), le passant a le droit de choisir lui-même la forme du maintien de la prévoyance. Vu le préambule de ladite Ordonnance, où l'on mentionne l'article 331c, 1er alinéa, du CO, ce droit est également valable pour les assurés qui appartiennent à une institution de prévoyance au sens de la disposition précitée (c'est-à-dire à une institution de prévoyance non enregistrée).

L'article 13, 3e alinéa, de l'Ordonnance sur le libre passage ne peut toutefois s'appliquer directement aux cas de libre passage qui se sont produits depuis l'entrée en vigueur de la LPP (1er janvier 1985), mais avant 1987, cette Ordonnance n'étant entrée en vigueur que le 1er janvier 1987. Cependant, il n'y a pas lieu de juger ces cas selon une réglementation dérogatoire, si bien que ce libre choix appartient au passant même dans ces cas-là.

Concernant les problèmes d'application de cette Ordonnance, cf. aussi le chiffre marginal 13 du bulletin no 2.

40 La couverture du risque accident dans la LPP à l'égard de l'indépendant

(art. 44 LPP et art. 25, 1er al., OPP2)

Une institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement qu'elle n'est pas tenue à prestations lorsque l'assurance militaire ou l'assurance-accidents est mise à contribution pour le même cas d'assurance (cf. art. 25, 1er al., OPP 2). Cette disposition s'applique avant tout à l'égard des salariés compte tenu du fait que ces derniers sont soumis à l'assurance-accidents obligatoire. Or, il n'en va pas de même pour les indépendants. Ces derniers ne sont couverts en effet contre le risque d'accident que s'ils adhèrent auparavant à l'assurance facultative LAA (cf. art. 4, 1er al., LAA). Dans ce contexte, on doit dès lors se demander dans quelle mesure une telle institution de prévoyance est tenue à prestations en cas d'accident lorsqu'un indépendant, assuré à titre facultatif selon la LPP, n'est pas couvert par l'assurance-accidents.

Dans le cas où l'indépendant est assuré à l'assurance-accidents, l'article 25, 1er alinéa, OPP 2, s'applique. Mais qu'en est-il dans le cas contraire? On peut envisager

en pareil cas deux conceptions contradictoires: l'une consiste à libérer l'institution de prévoyance de toute prestation, en partant de l'idée que cette dernière n'a pas à se substituer à l'assurance-accidents. L'autre part du point de vue que si l'assurance-accidents n'est pas mise à contribution, c'est à l'institution de prévoyance qu'il appartient de couvrir le risque accident. C'est à cette dernière conception que nous nous rallions, entre autres pour les raisons suivantes:

On sait que les assurés à titre facultatif bénéficient de la même couverture d'assurance que ceux du régime obligatoire (art. 4, 2e al., LPP). La seule exception admise à ce principe figure à l'article 45 LPP, selon lequel l'institution de prévoyance peut prévoir (dans le cas des indépendants) dans son règlement, sous certaines conditions, une réserve de santé durant 3 ans au plus. L'article 25, 1er alinéa, OPP 2, ne règle qu'une situation particulière lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance, pour éviter un cumul de prestations et, du même coup, une surassurance. Or, dans notre cas, ce danger n'existe plus. Il serait d'autre part choquant qu'un indépendant qui s'est assuré de bonne foi à l'assurance facultative contre les conséquences économiques des risques de décès et d'invalidité, se voie privé de toute prestation (LPP ou LAA) en cas d'accident.

Il importe que les institutions de prévoyance tiennent compte de cette situation particulière. Elles peuvent y remédier en prévoyant par exemple dans leur règlement une prime risque supplémentaire, financée par l'indépendant ou en obligeant ce dernier à s'assurer à titre facultatif à l'assurance-accidents. On garantirait également de cette manière une égalité de traitement entre assurés à l'intérieur de la caisse, car les indépendants et les salariés bénéficieraient d'une couverture d'assurance identique en cas d'accident.

Ces quelques considérations ne valent bien entendu que dans le cadre de la LPP. Une institution de prévoyance serait dès lors légitimée de prévoir dans son règlement une limitation de la couverture des risques de décès et d'invalidité pour la prévoyance plus étendue.

41 Indépendance de l'organe de contrôle

(art. 53, 4e al., LPP; art. 34 OPP 2)

L'article 34 OPP 2 précise dans quels cas l'indépendance de l'organe de contrôle doit être garantie, de manière que celui-ci puisse accomplir sa tâche correctement sans être lié par des instructions. L'énumération que l'on trouve dans cet article, et qui n'est pas exhaustive, révèle qu'il faut veiller à cette indépendance, en particulier, là où certaines personnes pourraient, grâce à leur situation juridique ou économique, exercer une influence indésirable sur l'organe de contrôle LPP dans l'accomplissement de sa tâche.

Ce principe de l'indépendance, qui est d'ailleurs valable aussi pour les réviseurs de l'AVS et du droit des sociétés anonymes, et qui s'applique en outre dans les lois sur les banques et sur les fonds de placement, est observé, dans la pratique, à plusieurs égards. Il doit être considéré sous trois aspects essentiels et, compte tenu de la fonction spéciale que cet organe de contrôle assume, selon la LPP, dans l'intérêt des assurés, il convient d'appliquer ici des critères très stricts.

a. Tout d'abord, il faut que soit assurée **l'indépendance personnelle** de l'organe de contrôle à l'égard de l'institution de prévoyance à contrôler, ou de l'entreprise qui lui est proche. Les directeurs, fondés de pouvoir et autres membres de la direction ne peuvent exercer une activité en même temps pour l'organe de contrôle et pour l'institution à contrôler, ou pour l'entreprise liée à celle-ci; sinon, il y aurait inévitablement des conflits d'intérêts.

b. En outre, l'indépendance de l'organe de contrôle exige **l'absence de liens juridiques** à l'égard de l'institution à contrôler. Cette condition n'est vraiment remplie que par les organes de contrôle qui - mis à part le mandat proprement dit - n'ont, envers l'institution de prévoyance, aucun lien juridique direct ou indirect de quelque importance. Il est bien évident qu'une personne morale ou physique, juridiquement dépendante, qui contrôle, en qualité de bureau de révision interne d'un fondateur, d'une association ou d'une entreprise, la propre institution de prévoyance ne peut avoir l'indépendance requise. C'est le cas, tout spécialement, des personnes qui sont liées à l'entreprise par des contrats de travail et qui pourraient, si des problèmes surgissent, se trouver dans une situation difficile à cause de la divergence des intérêts. D'une part, en effet ces personnes sont tenues de signaler à l'autorité de surveillance, le cas échéant, les points critiques remarqués dans l'activité de l'institution de prévoyance; d'autre part, leur qualité de salariés exige une certaine loyauté envers l'employeur. La situation de celui-ci par rapport à l'organe de contrôle, à qui il est lié par un contrat de travail, est à tel point dominante, ainsi que l'expérience le montre, qu'une limitation effective du droit de l'employeur de donner des instructions n'est guère réalisable. Elle porterait atteinte aux rapports de confiance qui doivent exister entre l'employeur et l'employé. En outre, l'existence de "principes directeurs" internes ne constitue pas non plus une preuve suffisante que l'organe interne de révision est à l'abri de telles instructions. Des principes directeurs ne garantissent pas l'objectivité du contrôle, et cela avant tout parce qu'ils peuvent être modifiés sans la coopération et à l'insu de l'autorité de surveillance.

Par conséquent, on ne saurait soutenir d'une manière générale qu'un organe de contrôle n'est pas lié par des instructions lorsqu'il existe, à côté du mandat de contrôle proprement dit, d'autres relations juridiques avec l'employeur, le fondateur, l'association ou l'institution de prévoyance.

c. Contrairement à l'indépendance juridique d'un organe de contrôle, son **indépendance économique** est souvent difficile à établir. Cela résulte en particulier des liens étroits qui unissent de nombreuses sociétés; associations et autres entreprises. Dans les consortiums et les associations (cartels), principalement, il peut y avoir, par suite de l'interdépendance des entreprises entre elles, des influences d'ordre économique sur les institutions de prévoyance et leurs organes de contrôle, influences que l'autorité de surveillance ne parvient à discerner qu'avec peine et qui mettent en question l'efficacité du système de contrôle LPP.

Une influence exercée entre les consortiums et leurs institutions de prévoyance, par suite de liaisons et de dépendances d'ordre économique, peut donc se faire sentir tout autant que lorsque c'est un organe de contrôle rattaché juridiquement

à l'entreprise qui procède au contrôle de l'institution de prévoyance de ladite entreprise. Sous l'aspect de la dépendance économique, il faut tenir compte de toutes les relations économiques pouvant jouer un rôle, que ce soit sous forme de participations, d'appartenance à des associations de personnes morales ou physiques avec un but lucratif, ou en raison de l'existence de dettes spécialement importantes pendant une longue durée. On songe ici non pas aux relations économiques occasionnelles, mais avant tout aux dépendances économiques de grande portée, telles qu'elles se manifestent par exemple sous forme de mandats permanents. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables prescrit expressément, pour les membres du 2e groupe (sociétés fiduciaires et sociétés de révisions), que les honoraires encaissés par une entreprise ou par un groupe d'entreprises avec direction centrale ne doivent pas provenir de commandes successives pour une part supérieure à 10 % (art. 2, chiffre 5, des statuts de 1985). De telles restrictions, précisément, montrent que d'une part une dépendance économique dépassant une certaine limite est contraire au principe de l'indépendance des organes de révision, et d'autre part que la nécessité d'une telle réglementation existe.

L'OFAS attache une grande importance à ce fait lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'indépendance des organes de contrôle au sens de l'article 34, OPP 2. La mise en balance des divers intérêts en présence ne mène d'ailleurs à aucun autre résultat. C'est ainsi qu'il faut, pour bien assurer et utiliser à bon escient les ressources de la prévoyance, attribuer plus d'importance à l'indépendance de l'organe de contrôle qu'à l'intérêt que l'on pourrait avoir - par mesure d'économie - à confier le contrôle de l'institution de prévoyance à un organe de contrôle géré par l'entreprise elle-même. Malgré les délimitations de compétences effectuées formellement et matériellement entre le fondateur, l'employeur et les consortiums ou associations, ces limites risquent d'être dépassées; il se peut par conséquent que des influences soient exercées sur l'activité des organes de contrôle déployée en vertu de la LPP. Ces raisons justifient donc l'opinion selon laquelle un organe de contrôle appartenant à un consortium ou ayant des liens économiques avec un fondateur, une association ou un employeur ne remplit pas, d'une manière générale, les conditions d'indépendance posées pour l'examen d'une institution de prévoyance qui lui est liée directement ou indirectement. Le fait que cet organe est membre du groupe 1 ou 2 de la Chambre suisse des sociétés fiduciaires ou de l'Association suisse des experts-comptables universitaires n'y change rien. Les conditions d'admission de ces associations ne dispensent pas les autorités de surveillance LPP de la tâche consistant à vérifier l'indépendance de l'organe de contrôle; elles ne les déchargent pas non plus d'une responsabilité éventuelle dans les cas où les destinataires des prestations d'une institution de prévoyance subiraient un dommage, parce que l'indépendance d'un organe de contrôle aurait été vérifiée d'une manière insuffisante. Il faut cependant souligner que l'obligation d'observer la condition d'indépendance incombe avant tout à l'organe de contrôle lui-même; c'est aussi lui qui, en cas de doute, doit prouver qu'il est indépendant. L'institution de prévoyance, quant à elle, doit veiller à ce que cette condition soit respectée lorsqu'elle donne un mandat de contrôle.

Enfin, on notera que ces conditions d'indépendance valent non seulement pour les organes de contrôle des institutions de prévoyance, mais aussi pour ceux des institutions auxiliaires de la prévoyance en faveur du personnel ou d'autres fondations qui déploient une activité dans le domaine de la prévoyance. Chez ces dernières, cependant, l'étendue de la condition d'indépendance doit être fixée en tenant compte de la fonction spéciale qu'elles exercent dans le cas considéré.

42 L'indépendance de l'expert

(art. 43. 4e al., LPP; art. 40 OPP 2)

S'agissant de l'expert, la question de l'indépendance revêt un peu moins d'importance que pour l'organe de contrôle. Dans le cas de l'expert, il est seulement exigé que celui-ci ne soit pas lié par des instructions envers des personnes responsables de la gestion de l'institution de prévoyance. Cette condition moins stricte s'explique avant tout par le fait que le rôle de l'expert, à l'égard de ladite institution, consiste principalement à donner un avis; le contrôle qu'il doit exercer est secondaire. Certes, l'expert doit, tout comme l'organe de contrôle, tendre à recevoir un mandat permanent, afin d'être à même de donner des conseils judicieux et de connaître aussi exactement que possible la situation particulière de l'institution (cf. Bulletin LPP no 2, chiffre 15); toutefois, on fait appel à lui, avant tout, pour résoudre des problèmes techniques d'ordre actuariel ou concernant un cas individuel. Il doit, en particulier, examiner le règlement sous l'angle des prestations et de leur financement et surveiller l'équilibre actuariel de l'institution. Ce faisant, il doit nécessairement rester en contact étroit avec l'administration de celle-ci. Pourtant, il doit garder son indépendance; il ne saurait donc, notamment, se soumettre à des instructions qui pourraient porter atteinte à l'objectivité de son jugement.

43 La perception des cotisations et la mainlevée

(art. 66, 2e al., LPP et art. 82 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite)

A propos de la perception des cotisations à la prévoyance professionnelle selon l'article 66, 2e alinéa, de la LPP, différentes institutions de prévoyance signalent des problèmes quant à la mainlevée au sens de l'article 82 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite dans le cadre d'une procédure de poursuite ouverte contre l'employeur retardataire. Ce faisant, elles regrettent que la pratique de la mainlevée pour ces créances de cotisations ne soit pas la même pour toute la Suisse. C'est que, dans un cas, la mainlevée est apparemment accordée, alors que dans un autre cas, semblable, elle ne l'est pas. La pratique varie manifestement d'un tribunal à l'autre. Cette situation est insatisfaisante.

Ces problèmes relèvent en premier lieu du domaine de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et moins de celui de la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Aux termes de l'article 82 de la première nommée, la mainlevée ne peut être requise que si la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette écrite. Cette condition sera la pierre d'achoppement de nombreuses demandes de mainlevée concernant la perception des cotisations selon l'article 66, 2e alinéa, LPP. C'est que la créance de l'institution de prévoyance n'existera souvent pas sous la forme, écrite et chiffrée, exigée. En

outre, la volonté claire de l'employeur en tant que débiteur ne pourra pas non plus être prouvée par écrit. A cet égard, on peut toutefois se demander si, en vue d'une éventuelle poursuite relative aux cotisations dues par l'employeur, les institutions de prévoyance optent à chaque fois pour le procédé approprié. C'est ainsi que vu la pratique actuelle de la mainlevée, il y aurait avantage à ce que l'employeur, en concluant le contrat d'affiliation, reconnaisse par écrit vis-à-vis de l'institution de prévoyance les cotisations dues selon la loi ou le règlement. Celles-ci devraient être chiffrées pour l'exercice en cours sur la base de chiffres empiriques (p. ex. de l'année précédente) et correspondre aux cotisations probablement à verser. Au cas où ces cotisations se révéleraient, au terme de l'exercice, trop élevées, le montant excédentaire devrait être porté au crédit de la caisse de prévoyance pour l'exercice suivant; dans le cas contraire, le montant manquant devrait être réclamé. En cas de remboursement du montant payé en trop, il faudrait toutefois veiller à ce que l'employeur crédite à son tour et proportionnellement ce montant aux salariés. Une affectation des cotisations versées en trop à une réserve de cotisations patronales ne serait pas admissible dans la mesure où il s'agirait de parts de cotisations payées par les salariés.

Sur le plan de la procédure, il convient de signaler que le moyen d'attaquer une décision de mainlevée est fixé en première instance par le droit cantonal. En dernière instance, une telle décision ne peut être portée devant le Tribunal fédéral qu'au moyen d'un recours de droit public. Dans les domaines du droit civil et du droit en matière de poursuite, l'institution de prévoyance peut, en cas de rejet de sa demande de mainlevée, intenter une action en reconnaissance de dette. La procédure cantonale doit alors être conforme aux prescriptions-cadre du droit fédéral au sens de l'article 73 LPP; elle doit donc être simple, rapide et en principe gratuite. Un jugement passé en force permettrait ensuite de continuer la procédure de poursuite.

44 Une nouvelle ordonnance d'application de la LPP: exceptions au maintien du secret

(art. 86, 2e al., et 87 LPP)

Le Conseil fédéral a promulgué, le 7 décembre 1987, l'Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP). Cette ordonnance, qui entre en vigueur le 1er janvier 1988, indique quand les institutions de prévoyance sont libérées de leur obligation de garder le secret. Elle détermine également les conditions dans lesquelles les organes de l'AVS/AI sont tenus de fournir certains renseignements aux institutions de prévoyance, au fonds de garantie et aux autorités de surveillance LPP.

45 Liste des textes législatifs, des dispositions d'application, des tables et répertoires

(Etat au 1er janvier 1988)	Source[1] et évt No de commande
Loi fédérale	
Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) du 25 juin 1982 (RS 831.40)	OCFIM
Actes législatifs édictés par le Conseil fédéral	
Ordonnance sur la mise en vigueur et l'introduction de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 29 juin 1983 (RS 831.401)	OCFIM
Ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1) du 29 juin 1983 (RS 831.435.1)	OCFIM
Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 18 avril 1984 (RS 831.441.1)	OCFIM
Ordonnance instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (OEPP) du 17 octobre 1984 (RS 831.435.2)	OCFIM
Ordonnance concernant la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance concernant la commission de recours LPP)du 12 novembre 1984 (RS 831.451)	OCFIM
Ordonnance sur la création de la fondation "fonds de garantie LPP" (OFG 1) du 17 décembre 1984 (RS 831.432.1)	OCFIM
Règlement sur l'organisation de la fondation du "fonds de garantie LPP" du 17 mai 1985 (RS 831.432.2)	OCFIM
Ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle du 28 août 1985 (RS 831.434)	OCFIM

[1] OCFIM= Office central fédéral des imprimés et du matériel 3000 Berne (indiquer le numéro de registre (RS) ou celui de commande)

Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3) du 13 novembre 1985 (RS 831.461.3)	OCFIM
Ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" (OFG 2) du 7 mai 1986 (RS 831.432.3)	OCFIM
Ordonnance réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse du 7 mai 1986 (RS 831. 426.4)	OCFIM
Règlement des cotisations et des prestations de la fondation "fonds de garantie LPP" du 23 juin 1986 (RS 831.432.4)	OCFIM
Ordonnance sur la maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986 (RS 831.425)	OCFIM
Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix du 16 septembre 1987 (RS 831.426.3)	OCFIM
Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP) du 7 décembre 1987 (RS 831.462.2)	OCFIM

Publications de l'Office fédéral des assurances sociales

Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: Tableaux et exemples d'application pour les années 1985, 1986/87 et 1988/89	OCFIM 318.762.85 f 318.762.86/87 f 318.762.88/89 f
Tribunaux qui connaissent, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, selon l'article 73 LPP (Répertoire d'adresses)	OCFIM 318.769.01 dfi
Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la reconnaissance et l'autorisation de fonctionner comme organe de contrôle dans la prévoyance professionnelle conformément à l'article 33, lettres c et d, OPP 2	OCFIM 318.769.02 f

Liste des organes de contrôle reconnus conformément à l'article 22, lettre c, OPP 2 par l'Office fédéral des assurances sociales (Etat:1er juillet 1987)

OCFIM
318.769.87df

Mémento à l'intention des employeurs concernant l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance conformément à la LPP (9.02 à demander aux caisses de compensation AVS)

Pro memoria: Nouveautés au 1er janvier 1988

- Les modifications de la LAI entrent en vigueur. Nous en avons déjà signalé les effets sur l'article 26 LPP (cf. no no marginal 11 de notre Bulletin no 2 du 19 janvier 1987);

- les montants-limites de la prévoyance professionnelle (art. 2, 7,8 et 46 LPP) ont été adaptés à la rente AVS simple minimale (cf. no marginal 31 de notre Bulletin no 5 du 1er octobre 1987).

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 8

du 30 mars 1988

TABLE DES MATIERES

46 Dissolution de contrats d'affiliation

47 "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession"

48 L'évaluation des placements en actions et la manière de procéder en cas de découverts

49 Jurisprudence; arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contentieux dans la prévoyance professionnelle

50 Les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle

51 Divers

1. Liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle
2. Journées d'information de l'OFAS en prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance
3. Ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance. l'égard d'une institution d'assurance

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

46 Dissolution de contrats d'affiliation

(art. 11 LPP)

Dans les Bulletins de la prévoyance professionnelle no 1 du 24 octobre 1986, sous chiffre marginal 1, et no 5 du 1er octobre 1981, sous chiffre marginal 30, déjà, nous nous sommes prononcés sur le contrat d'affiliation conclu entre l'institution de prévoyance et l'employeur. Ci-après, nous signalons en particulier certains principes à observer lors de la dissolution de tels contrats.

Les employeurs occupant des salariés soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle doivent s'affilier, conformément à l'article 11, 1er alinéa, LPP à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. Dans la pratique, la dissolution de ces contrats d'affiliation entre institutions de prévoyance collectives et employeurs a soulevé des questions et problèmes qui appellent certains éclaircissements. Les considérations suivantes laissent de côté les difficultés particulières rencontrées par l'institution supplétive en matière d'affiliation d'employeurs récalcitrants.

1. Aspects juridiques généraux

1.1 La nature juridique du contrat d'affiliation

Le contrat d'affiliation conclu entre un employeur occupant des salariés soumis à la LPP, d'une part, et une institution de prévoyance enregistrée, de l'autre, contient plusieurs éléments. Ceux-ci ont avant tout trait au droit des assurances ainsi qu'aux dispositions légales relatives au mandat. Pour les institutions de prévoyance constituées sous la forme d'une fondation, d'une coopérative et pour les institutions de droit public, il faut en outre observer les règles fixées dans le droit correspondant (droit des fondations, des sociétés coopératives, droit public). L'élément ou les règles prédominants dans chaque contrat d'affiliation ne peuvent être déterminés que sur la base d'une analyse du cas d'espèce en s'appuyant sur la situation concrète. On peut néanmoins souligner à ce propos que l'obligation de l'employeur fixée à l'article 11, 1er alinéa, LPP, de s'affilier à une institution de prévoyance enregistrée n'est pas de nature à qualifier le rapport juridique correspondant avec l'institution de prévoyance concernée.

1.2 La durée du contrat d'affiliation

Pour ce qui est de la formation du contrat d'affiliation, il est d'abord souhaitable que le contrat conclu avec une institution de prévoyance dure jusqu'au moment où l'employeur concerné, qui continue d'occuper des salariés soumis à la LPP, aura conclu pour ceux-ci un contrat d'affiliation avec une autre institution de prévoyance enregistrée ou aura éventuellement été affilié à l'institution supplétive. De toute façon, les fonds (avoir de vieillesse) constitués au sein de l'ancienne institution de prévoyance devraient pouvoir être transférés sans interruption à la nouvelle institution de prévoyance.

La dissolution du contrat d'affiliation passé entre un employeur et une institution de prévoyance de droit privé s'effectue selon les règles du droit des contrats contenu dans le Code des obligations. Ce rapport juridique ne cesse toutefois pas

automatiquement avec l'épuisement des moyens disponibles pour les prestations à fournir par l'institution de prévoyance. La prévoyance professionnelle au sens de la LPP est une obligation légale permanente de l'employeur, laquelle ne dépend en principe pas des moyens disponibles. Cette obligation existe aussi longtemps que l'employeur occupe des salariés qui, quant à leur revenu et leur âge, sont assujettis au régime obligatoire. La durée pendant laquelle un employeur doit rester affilié à une certaine institution de prévoyance n'est cependant pas fixée par la loi. Elle doit au contraire être déterminée entre les parties dans le cadre de la liberté contractuelle générale.

Dans la pratique, on convient souvent d'une durée contractuelle de 5, 8 ou 10 ans en prévoyant une clause permettant de prolonger le contrat ou, sous réserve d'une déclaration contraire dans un certain délai avant l'expiration du contrat, de le reconduire tacitement à chaque fois pour une année. Si la durée du contrat est fixée, les parties ne peuvent pas s'interdire mutuellement l'usage de la liberté contractuelle dans une mesure contraire aux mœurs (cf. art. 27, 2e al. CC). Il n'existe toutefois pas de points de repère généraux ou abstraits relatifs à la durée maximale admise des différents liens juridiques résultant d'un contrat.

1.3 La résiliation du contrat d'affiliation

Le délai de résiliation approprié pour mettre un terme à un contrat à durée indéterminée est fixé à l'article 546 CO. On y prévoit, pour la dissolution d'une société simple formée pour une durée indéterminée, un délai de 6 mois, à chaque fois pour la fin d'un exercice. Cette réglementation est d'ailleurs appliquée dans tous les contrats à long terme qui ne prévoient pas d'autre délai de résiliation et ne sont pas régis par un autre droit. Elle paraît utile également pour les contrats d'affiliation, en particulier sous l'aspect de la LPP.

Il n'est pas certain qu'un contrat d'affiliation qui vise au moins à l'application du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle obligatoire selon la LPP puisse sans autre aussi être dissous par sa dénonciation. Selon l'esprit et le but de la prévoyance professionnelle fixée dans la LPP, une certaine continuité des contrats d'affiliation est, ne serait-ce que pour des raisons pratiques, pour le moins souhaitable, si ce n'est requise. Dans ce sens, l'article 11, 3e alinéa, LPP, en stipulant que le contrat d'affiliation est valable avec effet rétroactif, porte atteinte à la liberté contractuelle des parties. Par conséquent, l'institution de prévoyance doit fournir ses prestations également pour la période durant laquelle un employeur occupant des salariés soumis à la LPP ne s'est pas affilié à une institution de prévoyance ni n'a été affilié à l'institution supplétive. On ne peut cependant en aucun cas en déduire que la dissolution d'un contrat d'affiliation peut, elle aussi, intervenir avec effet rétroactif; au contraire, on pourrait en conclure que le législateur a voulu éviter un vide contractuel. En tout cas, on évitera de construire après coup une période non contractuelle, ce qui signifierait qu'un cas de prévoyance ou de libre passage survenu durant ce laps de temps devrait être repris de plein droit par l'institution supplétive. Une résiliation rétroactive doit néanmoins être admise si la nouvelle institution de prévoyance reprend de l'ancienne tous les droits et obligations à partir du moment de la dissolution du contrat d'affiliation en vigueur jusqu'à cette date; c'est-à-dire que les obligations de la nouvelle institution de prévoyance sont

coordonnées avec celles de l'ancienne dans le sens d'une continuité de la prévoyance.

1.4 La dissolution d'un contrat d'affiliation conclu avec une institution collective

S'il s'agit d'une institution collective qui groupe en règle générale un nombre élevé d'employeurs, on peut supposer que des contrats d'affiliation sont conclus et dissous fréquemment. Lors de la dissolution d'un contrat d'affiliation, on veillera donc, du point de vue du droit de surveillance, d'une part à ce que les règles concernant la dissolution du contrat et l'éventuel transfert de biens ne deviennent pas inopérantes pour des raisons pratiques, et, d'autre part, à maintenir quand même une protection minimale des assurés au terme du contrat d'affiliation. Sur le plan de l'organisation, la dissolution d'un contrat d'affiliation équivaut à la suppression d'une caisse de prévoyance et, sur le plan juridique, à la dissolution d'une partie non-indépendante de l'institution de prévoyance. A ce propos, on se conformera également, par analogie, aux règles générales concernant la dissolution partielle d'une fondation ou d'une coopérative.

Dans le cas d'une institution sous forme de **fondation** collective, la cessation du commerce d'un employeur ne doit toutefois pas nécessairement amener à une dissolution de la caisse de prévoyance concernée. Cette dissolution n'a lieu que si l'une des conditions citées à l'article 88 CCS est remplie. Aux termes de cette disposition, la dissolution n'est effective que si le but de la caisse de prévoyance - à savoir l'application du régime obligatoire LPP - a cessé d'être réalisable, par exemple lorsque l'employeur n'occupe plus de salariés à assurer obligatoirement. Le cas échéant, il ne reste plus à l'autorité de surveillance qu'à constater la dissolution de la caisse de prévoyance et à veiller au maintien du but recherché avec les biens y relatifs. Ce faisant, elle prendra soin de garantir au maximum la continuité de la prévoyance assumée jusqu'à ce jour. Ainsi, le chiffre 2 ci-après contient quelques principes relatifs à la procédure à suivre en cas de dissolution du contrat d'affiliation.

Au chapitre des institutions collectives, il faut encore se demander, à propos de la dissolution d'une petite caisse de prévoyance, si les principes mentionnés ci-après répondent aux exigences de la proportionnalité. C'est que des institutions collectives groupant des milliers, voire des dizaines de milliers d'employeurs enregistrent chaque année de nombreuses dissolutions de contrats d'affiliation. Celles-ci concernent naturellement surtout des caisses de prévoyance ne disposant que d'une fortune minime. Des dissolutions de contrats d'affiliation lors desquelles on peut s'attendre à ce que seul un montant peu élevé doit être transféré à une autre institution de prévoyance ou, le cas échéant, aux ayants droit ne doivent pas, selon le principe qui veut que la mesure doit être appropriée, entraîner des coûts et des travaux de contrôle et de surveillance excessifs. C'est ainsi qu'il serait certainement inadéquat, si la fortune de prévoyance s'élève à quelques centaines ou milliers de francs et s'il n'y a qu'un seul destinataire, d'exiger, aux frais de la caisse de prévoyance, donc de l'ayant droit, un rapport circonstancié de l'organe de contrôle et de l'expert, dont les frais d'honoraires risquent d'excéder de loin la fortune à contrôler.

Toujours est-il qu'il est nécessaire, même dans de tels cas, de procéder à un examen objectif des droits des assurés, du montant des moyens disponibles de la caisse de prévoyance et de s'assurer que le transfert, la distribution et l'inscription au crédit ont été corrects. Ainsi, dans les cas où la fortune de prévoyance est peu importante, on pourra certes renoncer à remettre un contrat de reprise à l'OFAS afin que celui-ci l'approuve. En revanche, l'organe responsable de l'institution de prévoyance concernée devra cependant de toute façon annoncer, avec copie à l'OFAS, la dissolution du contrat d'affiliation à l'organe de contrôle compétent. Celui-ci doit, dans le cadre de son contrôle ordinaire, examiner si la dissolution de la caisse de prévoyance ainsi que le transfert de la fortune se sont effectués de manière conforme, et le confirmer dans son rapport annuel de contrôle. Il en va de même lorsque la dissolution d'une caisse de prévoyance à la suite de la cessation d'un commerce de l'employeur s'accompagne de la résiliation des contrats de travail.

2. Principes quant à la procédure à appliquer lors de la dissolution du contrat d'affiliation

Les principes suivants ne s'appliquent qu'aux institutions de prévoyance enregistrées, placées sous la surveillance de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Ils ne lient pas d'autres autorités de surveillance ou judiciaires.

2.1 Procédure ordinaire

2.11 En règle générale, le contrat d'affiliation ne peut pas être résilié avec effet rétroactif, à moins que la nouvelle institution de prévoyance ne reprenne de l'institution de prévoyance qu'elle remplace, entièrement et avec effet rétroactif les droits et obligations découlant du contrat d'affiliation valable jusqu'alors.

2.12 Si l'employeur s'affilie à une autre institution de prévoyance enregistrée parce qu'il continue d'occuper des salariés soumis à la LPP, le contrat de reprise entre l'ancienne et la nouvelle institution de prévoyance doit être soumis dans les plus brefs délais à l'OFAS. Dans son rapport ordinaire, l'organe de contrôle doit en particulier confirmer que le bilan de clôture de la caisse de prévoyance et les droits des assurés ont été établis de manière conforme.

2.13 Si, dans l'exercice de la surveillance, l'OFAS constate des insuffisances relatives à la dissolution de la caisse de prévoyance et au transfert de la fortune ainsi que de ses droits et obligations à une autre institution de prévoyance, il en avise ladite institution de prévoyance et son organe de contrôle et ordonne les mesures qui conviennent.

2.14 Si le contrat de reprise est conforme à la loi, aux ordonnances et au règlement, il est approuvé par l'OFAS, sous réserve de l'attestation de l'organe de contrôle au sens du chiffre 2.12 ci-dessus, l'OFAS en informera l'institution de prévoyance ainsi que l'autorité de surveillance de la nouvelle institution de prévoyance.

2.15 Si l'employeur ne s'affilie pas à une nouvelle institution de prévoyance, parce qu'il n'occupe plus de salariés soumis à la LPP, l'institution de prévoyance doit faire connaître à l'OFAS et à l'organe de contrôle la clé de répartition de la fortune libre de prévoyance. En outre, elle doit leur annoncer le nom du (des) bénéficiaire(s) du

transfert de la fortune de prévoyance. Lors de la prochaine revision ordinaire, l'organe de contrôle doit s'assurer et confirmer que la caisse de prévoyance a été dissoute de manière conforme. La dissolution de la caisse de prévoyance ne sera terminée en droit, qu'au moment où l'OFAS aura donné son accord.

2.2 Procédure sommaire

2.21 La procédure sommaire est admissible lorsque la caisse de prévoyance à dissoudre présentait, dans l'année précédant la dissolution, un apport de fortune inférieur à 50'000 francs et un avoir de fortune de moins de 500'000 francs. Est réputé apport de fortune le montant que l'employeur doit verser à l'institution de prévoyance conformément à l'article 66, 2e alinéa, LPP. Est considéré comme avoir de fortune la somme des actifs mentionnés dans le bilan commercial, y compris le capital de couverture.

2.22 En cas de dissolution d'une telle caisse de prévoyance et de l'affiliation de l'employeur à une autre institution de prévoyance, l'institution de prévoyance à dissoudre doit immédiatement informer son organe de contrôle de la résiliation du contrat d'affiliation en indiquant

- le montant de la fortune de prévoyance et
- le destinataire auquel celle-ci doit être transmise.

Une copie de cette communication doit être remise à l'OFAS qui annoncera ensuite à l'autorité de surveillance de l'autre institution de prévoyance la dissolution de la caisse de prévoyance et le transfert de la fortune à la nouvelle institution de prévoyance.

2.23 Dans le cadre de la revision ordinaire, l'organe de contrôle doit vérifier si la caisse de prévoyance a été dissoute et la fortune de celle-ci transférée à une autre institution de prévoyance ou de libre passage de manière conforme, et le confirmer dans son rapport.

2.24 Si l'employeur ne s'affilie pas à une nouvelle institution de prévoyance parce qu'il n'occupe plus de salariés soumis à la LPP, l'institution de prévoyance est tenue d'annoncer à l'OFAS et à l’organe de contrôle la clé de répartition de la fortune libre. De plus, elle doit leur indiquer le nom du(des) destinataire(s) de la fortune à transférer ou à porter en compte. Lors de la prochaine révision ordinaire, l'organe de contrôle doit vérifier et confirmer, en particulier, que la caisse de prévoyance a été dissoute de manière conforme. La dissolution de la caisse de prévoyance n'est terminée en droit qu'au moment où l'OFAS a donné son accord.

2.25 En cas d'irrégularités, l'OFAS ordonne les mesures qui s'imposent.

2.3 Entrée en vigueur et réglementation intermédiaire

Les principes susmentionnés entrent en vigueur le 1er juillet 1988. En ce qui concerne les dissolutions de contrats d'affiliation intervenues depuis le 1er janvier 1985, il convient tout d'abord' de constater que l'article 35, 2e alinéa, OPP 2 oblige l'organe de contrôle d'examiner et de confirmer la légalité de la gestion de l'institution de prévoyance. Par "gestion", il faut également entendre la dissolution des contrats d'affiliation. Vu cette disposition et pour des motifs de praticabilité, les organes de

contrôle doivent également confirmer - par le questionnaire et à l'intention de l'OFAS - que les dissolutions de contrats d'affiliation intervenues pendant ledit exercice annuel ont eu lieu de manière conforme.

47 "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession"

(art. 44, 1er al. LPP)

1. Que faut-il entendre par la notion "Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" au sens de l'article 44 LPP?

L'article 44, 1er alinéa, LPP a la teneur suivante:

"Les indépendants peuvent se faire assurer auprès de l'institution de prévoyance …dont ils relèvent à raison de leur profession."

La prévoyance des indépendants auprès de "l'institution dont ils relèvent à raison de leur profession" ne repose pas sur une obligation mais sur le principe de l'assurance facultative des personnes visées par l'article 4 LPP. Toutefois, il convient de signaler que seule leur affiliation à une telle institution de prévoyance est facultative et non pas ses conséquences. En effet, lorsqu'un indépendant entre, selon l'article 44, 1er alinéa, LPP, dans l'institution de prévoyance dont il relève à raison de sa profession, il est en principe visé par les dispositions de la LPP au même titre que les salariés qui sont automatiquement soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à partir d'un certain revenu annuel et d'un âge déterminé. Une comparaison avec l'article 4 LPP en apporte déjà la preuve.

Le premier alinéa de cette disposition est ainsi libellé: "…les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la présente loi."

... et le deuxième alinéa de la même disposition dit ceci: "Les dispositions sur l'assurance obligatoire s'appliquent par analogie à l'assurance facultative."

Ainsi, le seul libellé de la loi permet de déduire sans équivoque que l'affiliation d'un indépendant à une institution de prévoyance dont il relève à raison de sa profession entraîne les suites juridiques du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle selon la LPP.

Le législateur a laissé ouverte la question de savoir si, premièrement, chacun - par ce terme il faut entendre n'importe quelle société fiduciaire - peut créer une "institution de prévoyance" au sens de l'article 44 LPP et l'ouvrir à une association ou à un autre groupement de professionnels à titre d'institution de prévoyance professionnelle ou d'association et si, secondement, la notion d'une telle institution peut désigner uniquement une institution créée et gérée par une association elle-même. Il en va de même du Conseil fédéral qui, dans son message relatif à la LPP, indique à ce sujet que cette institution de prévoyance doit "être proche" des indépendants concernés en raison de leur activité professionnelle. Le sens exact de cette notion doit être défini et la pratique devra en fixer les contours. A cet effet, on tiendra compte, outre du principe de la liberté contractuelle, des critères de la LPP et

du droit fiscal. Toutefois, une limitation de la liberté de contracter et de créer une fondation doit se fonder sur des motifs valables, qui résultent d'un intérêt public prépondérant.

L'institution de prévoyance d'une association revêt souvent en pratique la forme d'une fondation collective, c'est-à-dire d'une fondation qui se caractérise par une certaine solidarité des employeurs et indépendants qui y sont affiliés, ce qui se traduit par exemple par l'uniformité des règlements et des placements.

2. "L'institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" conformément à l'article 44, 1er alinéa, LPP, doit-elle être inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle?

Sous chiffre 1, nous avons expliqué que les "institutions de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" devraient être soumises au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. A cet égard, il faut souligner qu'aux termes de l'article 48, 1er alinéa, LPP, toutes les institutions de prévoyance qui participent à l'application du régime de l'assurance obligatoire doivent se faire inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance dont elles relèvent. Vu que l'article 48, 1er alinéa, LPP ne prévoit pas d'exception pour les institutions qui assurent exclusivement des indépendants selon l'article 4 en corrélation avec l'article 44, 1er alinéa, LPP, on doit partir du principe que de telles institution doivent également se faire inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance compétente.

3. Une "institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession" selon l'article 44, 1er alinéa, LPP, peut-elle aussi être active dans le domaine hors-obligatoire de la prévoyance professionnelle?

Nous avons déjà dit sous chiffre 1 que vu l'article 44, 1er alinéa, LPP, les indépendants ne devaient pas seulement mettre en oeuvre la prévoyance hors-obligatoire (c'est-à-dire ce qu'il est convenu d'appeler le pilier 2b), mais aussi la partie obligatoire de la prévoyance professionnelle (pilier 2a). La question de savoir si les indépendants soumis à une institution de prévoyance oeuvrant uniquement dans le domaine hors-obligatoire, donc non inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle, peuvent bénéficier de la prévoyance professionnelle privilégiée du point de vue fiscal relève en premier lieu du droit fiscal et moins de la LPP ou du droit des fondations. Le fisc doit, à cet égard, se déterminer par rapport au but constitutionnel et au système des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité; il tient ainsi particulièrement compte de la tâche, position et fonction de la prévoyance liée (pilier 3a) pour les indépendants. En outre, on admettra que le deuxième pilier ne doit porter que sur la prévoyance collective et non pas individuelle. C'est du reste ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral dans deux arrêts récents (ATF du 10 avril 1987 en la cause T.K. SA et du 21 avril 1987 en la cause de la fondation Z.).

48 L'évaluation des placements en actions et la manière de procéder en cas de découverts

(Art. 65 LPP; art. 44 et 48 OPP 2)

En raison de la nette baisse des cours des actions constatée aux bourses suisses et étrangères depuis la mi-octobre 1987, divers institutions de prévoyance, organes de contrôle, experts et autorités de surveillance sont placés devant des faits inhabituels. La question principale est pour eux de savoir comment les placements en actions doivent être évalués et quelles mesures doivent être prises par les institutions de prévoyance qui ont subi des découverts à la suite de l'évolution des actions en bourse.

Considérations fondamentales

Des fluctuations importantes des cours des actions en bourse ont toujours existé et existeront toujours. Elles sont dans la nature même de ce marché et les institutions de prévoyance doivent s'en accommoder. Il faudrait éviter que les caisses de retraite doivent, lors de chaque fluctuation importante, adapter leur règlement ou qu'une optique à court terme amène une modification des règles d'évaluation. C'est dire que même après les événements du mois d'octobre passé, les **règles d'évaluation** fixées à l'article 48 OPP 2 doivent être **maintenues**. Ces dispositions sont en effet fondées sur des principes reconnus (art. 959 et 960 CO) et une longue expérience. Elles découlent en particulier des principes de la clarté et de la sincérité du bilan. Ce qui s'est passé l'automne dernier n'est pas extraordinaire au point de justifier une révision des dispositions correspondantes de l'ordonnance.

La grande majorité des institutions de prévoyance ne se heurtent apparemment pas non plus à des difficultés majeures à la suite de l'effondrement des cours des actions. Cela est particulièrement le cas des institutions qui s'en sont tenues à la règle fondamentale défendue par des gérants et experts de ne réaliser des placements en actions que dans la mesure où les moyens disponibles, qui peuvent être utilisés au besoin pour compenser les pertes de valeur du côté des actifs, correspondent au moins à un tiers environ de ces investissements.

Dans les cas où l'évolution du marché des actions a posé à une institution de prévoyance des problèmes considérables, les autorités de surveillance LPP doivent s'acquitter d'une tâche particulière. Aux termes de l'article 65 LPP en effet, les institutions de prévoyance doivent **offrir en tout temps la garantie** qu'elles peuvent **remplir leurs engagements**, ce qui doit être vérifié, selon l'article 62 LPP, par les autorités de surveillance. Il faut donc examiner si les actifs évalués conformément à l'article 48 OPP 2 sont suffisamment élevés pour couvrir respectivement les avoirs de vieillesse LPP et le capital de couverture ou d'épargne ainsi que les autres engagements de l'institution de prévoyance. Cette obligation ne s'applique pas dans la même mesure aux institutions de prévoyance de droit public (cf. art. 45 OPP 2).

Découverts et risque de liquidation

L'incapacité de remplir l'ensemble des engagements au moyen du capital d'investissement entraîne un découvert que les institutions doivent, selon l'article 44 OPP 2, résorber elles-mêmes. D'un certain point de vue pas injustifié, la

compensation immédiate d'un découvert provoqué par des fluctuations des cours du portefeuille des actions n'est pas absolument indispensable même pour une caisse de retraite privée, puisqu'on peut s'attendre, par expérience, à ce que le découvert soit avec le temps comblé "de soi-même" grâce à l'évolution des cours. Une telle manière de considérer les choses n'est toutefois admissible que pour des caisses dont l'existence est garantie à moyen terme. Il en va autrement pour les institutions qui doivent être liquidées justement en période de baisse. Un découvert comporte alors le risque que des prestations dues selon le règlement ne puissent plus être versées. Toutes les caisses qui ne peuvent pas, à moyen terme, éliminer avec certitude le **risque de liquidation**, donc en principe toutes **les institutions de l'économie privée**, doivent dès lors être a priori soumises à **l'exigence d'un bilan équilibré**.

Procédure en cas de découverts

Lorsqu'une institution de prévoyance présente effectivement un découvert, elle doit, en vertu de l'article 44, 2e alinéa, OPP 2, en informer l'autorité de surveillance. S'il s'agit d'une caisse dont le régime est celui de la primauté des prestations, la supposition d'un découvert doit éventuellement être d'abord examinée par un expert. Celui-ci vérifiera si le déficit repose sur des causes fondamentales de nature actuarielle, par exemple sur un financement systématiquement insuffisant, ou s'il est uniquement imputable à la chute des cours des actions en bourse. Dans le premier cas, l'institution de prévoyance doit essayer, en collaboration avec l'expert, de rétablir l'équilibre entre les cotisations et les prestations.

Dans le second cas, on cherchera avant tout à appliquer le principe visant à **combler le découvert par les réserves disponibles**. Celles-ci peuvent exister non seulement sous la forme de réserves destinées à faire face à des fluctuations de cours, mais encore sous la forme de fonds libres. En outre, on recherchera s'il existe d'éventuelles sous-estimations d'actifs ("réserves occultes"), qui pourraient être corrigées dans les limites de l'article 48 OPP 2. Une position qui doit également être examinée est celle des amortissements faits dans le passé et qui, précisément s'il s'agit d'immeubles, dépassent souvent le montant minimum requis.

Au cas où il n'y aurait pas de réserves disponibles, il existe une autre possibilité, à savoir que **l'entreprise fondatrice ou l'employeur** se déclare prêt à apporter son **aide** pour combler le déficit. Toutefois, une simple déclaration de garantie faite par un employeur du secteur privé ne suffit pas, vu l'article 43, 3e alinéa, OPP 2. Il existe pourtant plusieurs autres possibilités telles qu'un versement supplémentaire à la caisse de retraite correspondant au montant du déficit. Ce supplément pourrait fort bien être porté au crédit comme réserve de cotisations de l'employeur, de telle façon que dans les années suivantes cette réserve puisse être utilisée, au fur et à mesure de la diminution du découvert, pour financer les cotisations. D'autres variantes sont imaginables; il s'agit de trouver une solution adaptée à l'entreprise et à l'institution.

Si cette voie s'avère impraticable, on peut envisager un **amortissement** du déficit dans un délai approprié. Celui-ci n'est pas fixé par la loi; suivant le montant du déficit et la situation particulière de l'institution de prévoyance, il peut être différent. Un critère important de la fixation du délai doit être en tout cas le risque d'une liquidation

de l'institution de prévoyance dans les prochaines années, pour autant qu'on puisse le prévoir dans la situation actuelle.

On évitera cependant par principe de modifier constamment les grandeurs réglementaires essentielles telles que les taux des cotisations et des prestations, étant donné que la. baisse actuelle des actions en bourse doit quand même être considérée comme passagère. C'est ainsi qu'on pourrait, à titre d'alternative, prendre en compte à cet effet, pour commencer, les ressources qui seront disponibles dans les années à venir (bénéfices sur les intérêts, gains de mutation et gains techniques). Il sera ainsi certainement possible, en collaboration avec l'expert et l'autorité de surveillance, de trouver des solutions adaptées aux circonstances.

49 Jurisprudence; arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contencieux dans la prévoyance professionnelle

(art. 73, 1er al. LPP)

Dans un arrêt du 9 septembre 1987 en la cause P., qui a été publié (cf. ATF 113 V p. 198ss) et dont des extraits seront repris prochainement dans la RCC, le TFA a abordé sans la trancher, la question de savoir si les institutions de prévoyance de droit public ont le pouvoir de statuer sur les prétentions de leurs affiliés au moyen de décisions (consid. 2).

Le TFA a par ailleurs décidé, dans le même arrêt, que les litiges visés par l'article 73, 1er alinéa, LPP, doivent être portés en dernier ressort devant une même juridiction cantonale, quelle que soit la nature juridique de l'institution de prévoyance concernée (institution de droit public ou de droit privé; consid. 3).

Dans un autre arrêt, du 10 novembre 1987 (cause Z. c CFA, publié dans la "Praxis des Bundesgerichts", no 253, p. 880s.), le TF a décidé que les voies de droit prévues par l'article 73 LPP sont aussi applicables aux litiges concernant les institutions de prévoyance de la Confédération.

50 Les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle

(art. 86 LPP)

Les personnes participant à l'application, au contrôle ou à la surveillance de la prévoyance professionnelle sont tenues de garder le secret sur la situation personnelle et financière des assurés. Les exceptions à cette obligation sont fixées par le Conseil fédéral dans une ordonnance édictée le 7 décembre 1987.

Le Conseil fédéral y a établi une liste des cas d'exception matériellement justifiés tout comme dans les lois sur l'AVS, l'AI et l'AA. Le champ d'application de l'ordonnance ne s'étend toutefois qu'aux institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle.

Pour des raisons pratiques et vu la connexité entre l'obligation de garder le secret dans le domaine de la prévoyance professionnelle et celle des organes AVS/AI de leur donner des renseignements, le Conseil fédéral a du reste réglé les deux

questions dans une seule ordonnance. Les explications suivantes se limitent aux exceptions à l'obligation de garder le secret.

L'article 1 contient, au 1er alinéa, une énumération de personnes et d'autorités envers lesquelles l'obligation de garder le secret est levée sans autre, c'est-à-dire sans même l'accord des personnes concernées. Le 2e alinéa permet également de lever l'obligation de garder le secret envers d'autres personnes et autorités pour autant que la personne concernée ou son représentant légal l'approuvent. Les cas dans lesquels l'obligation de garder le secret est levée sont ainsi énumérés de **manière exhaustive**.

Une violation de l'obligation de garder le secret sans juste motif au sens des cas d'exception mentionnés est passible d'emprisonnement jusqu'à six mois ou d'une amende jusqu'à 20'000 francs, à moins que le code pénal prévoie déjà une peine plus lourde pour le fait en question. En outre, on remarquera que la présente ordonnance n'entraîne pas une levée de l'obligation de garder le secret selon le droit privé. Le fait qu'à l'article 86, 1er alinéa, LPP l'obligation de garder le secret soit restreinte à la situation personnelle et financière des assurés et de leurs employeurs ne dégage par exemple pas l'organe de contrôle ou l'expert d'une institution de prévoyance de leur obligation (de droit civil) de garder le secret également dans les domaines qui dépassent la sphère personnelle et financière. De même, les autorités de surveillance restent liées au secret de fonction dans les limites des prescriptions du droit public.

La liste des personnes et autorités envers lesquelles l'obligation de garder le secret est levée correspond dans une large mesure à celle du premier pilier (AVS/AI) ainsi qu'à la législation en matière d'assurance-accidents. En général, on peut souligner que la levée de l'obligation de garder le secret présuppose une pesée des intérêts en présence. Il s'agit alors d'apprécier les intérêts juridiques et autres intérêts de toutes les personnes concernées en étant bien conscient que les domaines soumis au principe du secret dans le deuxième pilier peuvent être extrêmement délicats et que la nécessité du maintien du secret est à la mesure de cette sensibilité.

La levée de l'obligation de garder le secret n'est dès lors justifiée que si elle répond à un intérêt nettement supérieur aux intérêts opposés. Ce qu'est un "intérêt digne d'être sauvegardé" ne peut toutefois être établi d'une manière appropriée que dans le cas d'espèce, c'est-à-dire en tenant compte des circonstances particulières, selon les règles reconnues du droit administratif. En tout cas, l'obligation de garder le secret ne peut être levée que dans la mesure où les personnes et autorités qui reçoivent les indications et documents désirés en ont à tout prix besoin pour accomplir leurs tâches et ne peuvent pas les obtenir autrement et ailleurs en respectant l'obligation de garder le secret.

A cet égard, l'article 1, 1er alinéa, lettre d, de l'ordonnance ne dégage l'institution de prévoyance de l'obligation de garder le secret vis-à-vis de l'autorité fiscale que pour autant qu'il s'agisse d'indications et de documents concernant l'imposition d'une prestation que ladite institution a fournie au contribuable. En revanche, l'autorité fiscale n'a pas accès aux données relatives au calcul des cotisations de prévoyance du contribuable en question.

Lorsqu'un cas fiscal est porté devant une autorité judiciaire, celle-ci peut cependant, en vertu de l'article 1, 1er alinéa, lettre c, de cette ordonnance, également prendre connaissance du décompte des cotisations et du dossier correspondant. Cette disposition permet en effet à l'autorité judiciaire pour autant qu'aucun intérêt digne de protection ne s'y oppose, de prendre connaissance de la situation de la prévoyance professionnelle d'une partie même lorsque cette question n'est pas au centre de la cause jugée. Il en va de même dans des litiges relevant du droit matrimonial, en particulier de la législation relative aux régimes matrimoniaux, et du droit successoral.

Les autorités de surveillance LPP ne sont pas habilitées à lever l'obligation de garder le secret comme l'est par exemple, dans l'AVS, l'Office fédéral des assurances sociales. C'est que, dans ce domaine comme dans d'autres, les institutions de prévoyance ne peuvent pas être assimilées aux caisses de compensation AVS. D'une manière générale et pour des raisons de principe, il faut éviter que les autorités de surveillance LPP ne s'ingérent outre mesure dans les affaires des institutions de prévoyance.

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Il n'est pourtant pas exclu que l'obligation de garder le secret soit également levée pour des faits qui se seraient produits avant cette date mais après l'entrée en vigueur de la LPP (1er janvier 1985). Car la base légale correspondante existe déjà depuis le 1er janvier 1985. Les personnes concernées, à savoir celles qui ont besoin d'être renseignées, ne doivent cependant pas être désavantagées du fait que les dispositions d'exécution se sont quelque peu fait attendre.

51 Divers

1. Liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle

La liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionnelle, mise à jour au 1er janvier 1988, peut être obtenue au prix de Fr. 1.40 auprès de l'Office fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne. (no de commande 318.768.88).

2. Journées d'information de l'OFAS en prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales organise en juin 1988 trois journées d'information à l'intention des institutions de prévoyance placées sous sa surveillance et provisoirement inscrites dans son registre de la prévoyance professionnelle en vue de leur enregistrement définitif. Ces réunions ont lieu les jours et aux endroits suivants:

- 3 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse alémanique (groupe 1) à Berne;
- 23 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse romande (groupe II) à Lausanne;
- 30 juin 1988 pour les institutions de prévoyance de Suisse alémanique (groupe III) à Berne.

Les institutions de prévoyance concernées seront invitées au cours du mois d'avril 1988 et informées de tous les détails nécessaires.

3. Ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance à l'égard d'une institution d'assurance

(art. 71, 2e al., LPP)

Le 17 février 1988, le Conseil fédéral a adopté une ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance à l'égard d'une institution d'assurance. Ainsi, en dérogation à l'interdiction de mise en gage fixée à l'article 71, 2e alinéa, LPP, il est possible à une institution de prévoyance même après l'entrée en vigueur de la LPP d'utiliser, à certaines conditions, les contributions transférées à une institution d'assurance. Cette mise en gage permet à l'institution de prévoyance de garantir par exemple le paiement différé d'une prime unique due à l'institution d'assurance.

Le Conseil fédéral oblige notamment les organes de contrôle et les autorités de surveillance à être particulièrement attentifs lorsque les droits d'une institution de prévoyance sont mis en gage.
L'ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 1988.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 9

du 5 mai 1988

TABLE DES MATIERES

52 Révision de la LPP: Objets à examiner par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

52 Révision de la LPP: Objets à examiner par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

La commission fédérale de la prévoyance professionnelle a commencé récemment ses travaux en vue de la révision de la LPP. Après avoir pris connaissance des divers postulats de révision proposés jusqu'à ce jour, elle a mis au point la procédure à suivre pour les travaux préliminaires. Elle a formé deux sous-commissions qui examineront les améliorations à apporter dans le domaine des prestations, d'une part, et dans celui du fonctionnement d'autre part.

La majorité des points de révision sont le fruit d'interventions parlementaires. D'autres résultent des expériences faites, dans la pratique, depuis la mise en application de la LPP. Vu l'intérêt général suscité par ces travaux, il a été décidé de publier ici la liste des points en discussion. Ce n'est qu'une liste provisoire, qui pourra être modifiée et complétée au fur et à mesure de l'avancement des travaux. La révision elle-même est prévue pour 1995. Rappelons toutefois qu'en ce qui concerne le libre passage, le Conseil fédéral envisage, le cas échéant, d'adresser au Parlement, déjà durant la présente législature, un message en vue de la révision des articles 331 et suivants du code des obligations.

Voici les points actuellement en discussion:

1. Libre passage
Révision des articles 331ss CO de façon à améliorer le libre passage. Cet objet doit être traité préalablement par un groupe de travail du Département fédéral de justice et police.
(Postulat Weber du 4 juin 1985)

2. Génération d'entrée
Réalisation progressive de la protection minimale légale, de façon qu'elle satisfasse aux exigences de l'article 11, 2e alinéa, des dispositions transitoires de la constitution.
(Article 1er, 2e alinéa, LPP)

3. Adaptation des rentes de vieillesse au renchérissement
Mesures à prendre en vue du maintien du niveau de vie antérieur.
(Article 34quater, 3e alinéa, cst.)

4. Financement: accroissement de la répartition
Le 2e pilier est essentiellement fondé sur la capitalisation. Rechercher le moyen d'accroître le financement en répartition, d'une part sur le plan des institutions de prévoyance elles-mêmes, et d'autre part sur le plan national.
(Postulat Jelmini du 20 mars 1986)

5. Situation des salariés âgés sur le marché du travail
Problème des cotisations qui croissent avec l'âge. Revoir l'échelonnement des taux des bonifications de vieillesse.
(Postulats Darbellay et Jelmini du 3 octobre 1984, postulat Etique du 19 décembre 1985)

6. Travailleurs à temps partiel
Problème de la déduction de coordination qui est principalement destinée à éviter que le cumul de prestations du premier et du deuxième pilier ne conduise à la surassurance, mais qui défavorise aussi les travailleurs à temps partiel.
(Postulats Bührer et Uchtenhagen du 17 juin 1987)

7. Flexibilité de l'âge de la retraite
Effet de la 10e révision de l'AVS sur la LPP.

8. Egalité de traitement des hommes et des femmes
Réalisation parallèle à la 10e révision de l'AVS. En outre réexamen du problème du paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée
(Postulat Camenzind du 10 juin 1987)

9. Droits du conjoint divorcé
Adaptation de la LPP aux futures dispositions du Code civil en matière de divorce, actuellement en préparation.
(Proposition de l'Office fédéral de la justice, éventuellement motion Nabholz du 16 mars 1988)

10.Quarts de rente d'invalidité
Adaptation de la LPP à la LAI (quart de rentes d'invalidité pour ceux qui sont invalides à 40 % au moins et ont leur domicile en Suisse).
(Révision LAI, Message du Conseil fédéral du 21 novembre 1984 chiffre 219)

11.Risques accrus de décès et d'invalidité
Problème des salariés à la santé fragile qui ont de la peine à trouver un poste de travail. Mesures à envisager éventuellement sur le plan national.
(Postulat Lanz du 18 septembre 1985)

12.Couverture des risques de décès et d'invalidité en cas de passage d'une institution de prévoyance à l'autre
Problème dû au fait que dans nombre de cas le degré d'invalidité se modifie et que l'assuré partiellement invalide change d'emplois.
(Problème né de la pratique)

13.Encouragement de la propriété du logement
Réexamen des mesures prévues afin de faciliter l'acquisition par l'assuré de la propriété de son logement et l'amortissement de ses dettes hypothécaires, non seulement dans la LPP mais aussi et surtout dans le Code des obligations.
(Postulat Neukomm du 6 octobre 1986, postulat Aliesch du 17 décembre 1986, éventuellement motion Nussbaumer du 20 mars 1986 et motion du Groupe démocrate-chrétien du 9 mars 1988)

14.Coordination avec les autres assurances sociales
Améliorer la coordination avec les institutions qui versent des indemnités journalières (assurance-maladie, assurance-accidents, assurance-chômage). Réexamen de la coordination avec l'assurance-accidents et l'assurance-militaire (question de priorité).
(Problème tiré de la pratique)

15.Meilleure protection en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou de l'employeur
Etendre la protection offerte par le fonds de garantie aux cas d'insolvabilité de l'employeur. Examiner la possibilité d'étendre cette garantie à la prévoyance plus étendue.
(Discussions au sein de la CPP lors de la préparation de l'Ordonnance sur l'administration du fonds de garantie LPP (OFG 2))

16.Statut spécial pour les institutions collectives ou communes
Problème des caisses de prévoyance (sans personnalité juridique) qui coexistent au sein d'une même institution collective. Analyse des difficultés qui en résultent et recherche d'améliorations en ce qui concerne le risque d'insolvabilité (voir chiffre 15 ci-dessus), la dissolution d'une caisse de prévoyance juridiquement non autonome, la gestion paritaire, le contrôle, la surveillance etc.
(Postulat Allenspach du 18 septembre 1984)

17.Gestion paritaire
Compléter les dispositions de la LPP en matière de gestion paritaire, de façon à en améliorer le fonctionnement.
(Proposition individuelle)

18.Couverture des frais d'administration de l'institution supplétive
Régler la couverture des frais d'administration que l'institution supplétive doit assumer non pas en sa qualité d'institution de prévoyance mais d'autorité chargée d'affilier par décision administrative les employeurs réticents.
(Proposition individuelle)

19.Participation des employeurs aux bénéfices d'assurance
Clarifier les rapports juridiques entre institutions de prévoyance, assureurs et employeurs. Eviter des abus.
(Proposition individuelle)

20.Placement de la fortune des institutions de prévoyance
Examiner la possibilité de restreindre les placements en immeubles.
(Postulat Wick du 6 juin 1984, postulat Bundi du 3 octobre 1984, éventuellement postulat Engler du 9 mars 1988)

21.Utilisation des avoirs de vieillesse non réclamés par l'ayant droit
Problème du maintien de la prévoyance d'assurés titulaires d'une police ou d'un compte de libre passage, mais qui ont disparu ou qui ignorent l'existence de leur droit.
(Question tirée de la pratique)

22.Contrôle de l'affiliation des employeurs
Simplifier la procédure de contrôle et fixer le mode de couverture des frais.
(Rapports annuels des autorités de surveillance)

23.Coordination des voies de droit
Résoudre les problèmes de coordination qui résultent de voies de droit différentes qui aboutissent tantôt au Tribunal fédéral tantôt au Tribunal fédéral des assurances. (Rapport de gestion 1986 des tribunaux fédéraux)

24.Simplifications administratives
Examen systématique des moyens de simplifier l'application de la LPP.
(Postulat Eisenring du 25 septembre 1986, postulat Oehler du 5 octobre 1987)

25.Accroissement de la longévité
Examen des répercussions sur le taux de rente et sur le but de prévoyance.
(Proposition individuelle)

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 10

du 15 août 1988

TABLE DES MATIERES

53 La tenue du compte de libre passage par une institution de prévoyance

54 Directives du Conseil fédéral sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés

55 Statistique des caisses de retraite 1987

56 WIR (CEC) comme moyen de paiement selon la LPP?

57 Divers

1 Séances de commissions et sous-commissions

2. Organigramme de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et des autres groupes de travail s'occupant de la révision LPP

3. Enquête du groupe de travail "Simplifications administratives"

4. Journées d'information de l'OFAS sur l'enregistrement définitif

5. Modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et de l'article 63 LPP

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

53 La tenue du compte de libre passage par une institution de prévoyance

(art. 29, 2e et 3e al., LPP; art. 2, 3e al., et 13, 4e al., de l'Ordonnance sur le libre passage)

Il n'est pas rare dans la pratique actuelle qu'une institution de prévoyance, en plus de la prévoyance active, gère également des comptes de libre passage pour garantir, en cas de dissolution des rapports de travail, le maintien de la prévoyance acquise pour ses propres assurés, voire pour des assurés provenant d'autres institutions de prévoyance. Jusqu'à présent cette pratique a toujours été tolérée. On peut se demander s'il en sera de même à l'avenir, compte tenu de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1987, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (ci-après ordonnance sur le libre passage) qui règle expressément cette matière. Cette ordonnance a déjà fait l'objet d'un commentaire dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle No 2 (cf. ch. 13) du 19 janvier 1987.

1. Institutions autorisées à tenir des comptes de libre passage

En vertu de l'article 2, 3e alinéa, lettres a et b de l'ordonnance sur le libre passage, seules les banques cantonales, les fondations qui remplissent les conditions fixées à l'article 10 de l'ordonnance ont la possibilité de tenir des comptes de libre passage. Il s'agit des fondations bancaires de libre passage. Une institution de prévoyance n'est donc légalement plus légitimée à gérer des comptes de libre passage. Il est vrai cependant qu'en vertu de la LPP et de l'ordonnance précitée, la poursuite de l'assurance, en cas de dissolution des rapports de travail, auprès de l'institution de prévoyance jusque-là compétente est possible lorsque le règlement de la caisse le prévoit (cf. art. 29, 2e al. et 47 LPP, art. 2, 1er al. Ordonnance sur le libre passage). Mais il s'agit, en règle générale, d'assurés cotisants.

2. Raisons d'une telle limitation

Il faut bien se rendre compte que dans un cas de libre passage, tant que le passant n'a pas réintégré une nouvelle institution de prévoyance, sa situation juridique est différente de l'ancienne. L'assuré, lors de l'ouverture du compte de libre passage, passe d'une prévoyance collective à une prévoyance individuelle. Cela nécessite une structure juridique appropriée compte tenu que le cercle des personnes à assurer ne se limite plus au personnel d'une, voire de plusieurs entreprises et qu'il s'agit avant tout de garantir le maintien de la prévoyance de personnes qui, pour une raison ou une autre, ne sont plus actives. C'est pourquoi l'on ne peut pas considérer une fondation de libre passage comme une institution de prévoyance en faveur du personnel au sens de la LPP ou du CCS, mais comme une fondation poursuivant des tâches particulières en matière de prévoyance, au même titre que les fondations bancaires du 3e pilier. On peut donc en conclure que la tenue des comptes de libre passage par une institution de prévoyance au sens étroit n'est en tout cas pas conciliable avec la nouvelle réglementation.

3. Dérogation possible en cas de maintien de l'assuré dans son ancienne institution

En vertu de l'ordonnance sur le libre passage (art. 13, 4e al.), une institution de prévoyance a la possibilité, lorsque l'assuré ne l'a pas informée dans un délai de 30 jours de son choix quant au transfert de sa prestation de libre passage, de décider, en lieu et place de ce dernier, du mode du maintien de la prévoyance. En pareil cas

la caisse est entre autres également habilitée, si son règlement le prévoit, à conserver chez elle un tel assuré, quand bien même celui-ci aurait cessé de cotiser. La gestion de ce compte individuel ne diffère guère de celle d'un compte de libre passage. Elle ne saurait toutefois être offerte à des tiers qui n'avaient précédemment aucun lien de prévoyance avec ladite institution. Il en va d'ailleurs de même dans les cas visés à l'article 14 de l'ordonnance sur le libre passage où l'institution de prévoyance est libérée de l'obligation de verser la prestation de libre passage, avec l'accord de l'assuré parce qu'il faut s'attendre à ce que celui-ci va réintégrer cette dernière ou que la survenance d'une incapacité de travail de ce dernier risque d'entraîner l'octroi d'une rente d'invalidité ou de survivants.

54 Directives du Conseil fédéral sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés, du 11 mai 1988

En édictant les directives susmentionnées, le Conseil fédéral enjoint aux autorités de surveillance dans le domaine de la prévoyance professionnelle selon la LPP de veiller à ce que les institutions inscrites dans leur registre renseignent leurs assurés sur demande dans les domaines désignés. En outre, ces institutions de prévoyance doivent faire le nécessaire afin que les employeurs qui leur sont affiliés informent leurs salariés sur leurs droits d'obtenir des renseignements.

Par ces directives, les obligations de renseigner, déjà fixées à l'article 89bis, 2e alinéa, CC pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel, sont concrétisées ou complétées. De plus, le champ d'application personnel de ces obligations est également étendu aux sociétés coopératives et institutions de droit public enregistrées.

Indépendamment de ces directives, l'employeur doit continuer de s'acquitter de son obligation de renseigner selon l'article 331, 4e alinéa, CO.

L'obligation pour les institutions de prévoyance de renseigner porte avant tout sur les domaines suivants:

1. Nature et structure de l'institution de prévoyance

   - forme juridique
   - genre de couverture des risques (autonome, semi-autonome, assurance complète)
   - organisation de la gestion paritaire
   - comptes annuels et bilan
   - adresse de l'organe de contrôle et de l'expert
   - autorité de surveillance compétente

2. Montant et calcul des différentes prestations selon le règlement et des prestations minimales fixées dans la LPP. Le domaine comprend également des indications concernant la prestation de libre passage et les possibilités de maintien de la prévoyance.

Dans un arrêt rendu récemment, le Tribunal fédéral des assurances a décidé que l'assuré pouvait exiger des informations sur ses droits aux prestations envers son institution de prévoyance même s'il n'existait pas encore de cas concret de prévoyance ou de libre passage ou qu'un tel cas était sur le point de survenir.

3. Montant du salaire assuré, de la cotisation du salarié et de l'employeur, des bonifications de vieillesse et de l'avoir de vieillesse.

Les institutions de prévoyance peuvent mais ne doivent pas fournir de renseignements supplémentaires. Il n'y a pas lieu de craindre que les institutions de prévoyance puissent être obligées, en vertu de ces directives, à faire connaître des données pour lesquelles il n'existe pas un intérêt suffisant de la part des assurés. Car il est tout à fait possible aux institutions de prévoyance de rejeter des demandes abusives d'informations, par exemple lorsqu'elles reconnaissent, en raison de certains indices, que l'assuré concerné ne peut avoir ni un intérêt indirect ni un intérêt direct pour ce renseignement.

Etant donné que les renseignements des institutions de prévoyance ne doivent pas être donnés automatiquement mais seulement à la demande des assurés, on peut tenir compte du principe de la proportionnalité. Il est donc improbable que les assurés soient submergés de paperasses aussi inutiles qu'indésirables.

D'autre part, il faut signaler que les renseignements des institutions de prévoyance doivent être utiles, actuels et compréhensibles. Il est inutile de remettre aux assurés des informations qu'ils ne comprennent pas. On peut cependant s'attendre à ce que les assurés désireux d'être renseignés acquièrent d'eux-mêmes les connaissances élémentaires quant à une institution de la prévoyance professionnelle. Le renseignement de l'institution de prévoyance peut être donné verbalement, mais il doit être fourni par écrit lorsque l'assuré le souhaite expressément.

Les directives du Conseil fédéral règlent aussi la protection des données. L'institution de prévoyance doit en effet informer un assuré qui en fait la demande sur les données qui sont conservées à son sujet. Les données inexactes sont à rectifier et les données superflues à détruire.

Ces directives répondent à une exigence justifiée des assurés en vue d'une information appropriée, rapide et compréhensible. Reste à espérer qu'elles permettront également de faire disparaître chez les assurés un malaise souvent ressenti à l'égard d'une matière qu'ils ne saisissent plus.

55 Statistique des caisses de retraite 1987

A la mi-juin, les formules d'enquête relatives à la statistique des caisses de pensions 1987 ont été envoyées. Ainsi, cette enquête entre, après une période de préparation assez longue, dans sa phase de réalisation. Le questionnaire, remis à toutes les institutions de prévoyance, a été revu sur la base des expériences acquises durant l'enquête-pilote de l'année passée. En substance, les questions ont été simplifiées; dans la mesure où les institutions de prévoyance avaient des difficultés pour y

répondre, les questions ont en effet été formulées d'une manière plus simple, ce qui a naturellement entraîné certaines concessions quant au fond des informations.

Pour différentes raisons, la nouvelle statistique des caisses de pensions est nécessaire. Premièrement, parce que l'article 89 LPP contient un mandat clair pour la Confédération, à savoir mener périodiquement des enquêtes statistiques sur l'ensemble de la prévoyance professionnelle.

Deuxièmement, parce que la statistique constitue le seul moyen de se faire une idée d'ensemble de l'importance quantitative et de la structure du deuxième des trois piliers composant notre système de prévoyance, caractérisé par une grande diversité. Toutefois, l'intérêt d'une telle enquête globale n'est pas seulement de nature politico-sociale mais aussi économique. La prévoyance professionnelle n'influence en effet pas seulement le marché des capitaux et du travail mais aussi, d'une manière déterminante, l'utilisation du revenu national.

Troisièmement, parce que l'enquête en cours sert de base centrale à la révision, prévue, de la LPP. C'est que dans de nombreuses questions de détail, des améliorations utiles ne peuvent être obtenues que si l'on dispose d'une base conforme à la réalité. A cet égard, il sera par exemple intéressant de connaître la réaction des caisses à l'introduction de la LPP, le système de cotisations qu'elles appliquent et la manière dont elles règlent la compensation du renchérissement. Les réponses données à ces questions et à d'autres encore seront révélatrices du fonctionnement actuel de la prévoyance professionnelle.

Dans cet esprit, il faut espérer que les questionnaires seront remplis et renvoyés à l'Office fédéral de la statistique dans les délais. Seulement de cette manière les données seront disponibles en temps utile pour être évaluées et analysées.

56 WIR (CEC) comme moyen de paiement selon la LPP?

Ces derniers temps, une question a été soulevée par plusieurs caisses de retraite: peuvent-elles accepter ou non de l'argent WIR/CEC comme moyen de paiement? Nous y répondons comme suit:

En principe, l'argent WIR/CEC (CEC = cercle économique - société coopérative) représente un système de compensation de l'économie privée et ne peut donc pas être considéré comme un moyen de paiement légal. C'est dire qu'aucune caisse de retraite ne peut être obligée à prendre en paiement de tels chèques. Vu toutefois l'importance grandissante de ce système de compensation dans certaines branches (p. ex. dans l'industrie du bâtiment), on peut se demander s'il ne faudrait pas quand même accepter de l'argent CEG dans des situations particulières. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'un employeur insolvable ou au bord de la faillite n'est plus en mesure de verser en espèces ses cotisations à la caisse de retraite (cotisations patronales de tous les assurés) mais disposerait encore du montant nécessaire sur son compte CEG. Pour éviter de devoir recouvrer les arriérés de cotisations par la voie juridique, l'institution de prévoyance devrait pouvoir, sous certaines conditions, accepter exceptionnellement de l'argent CEG.

Etant donné que les montants portés au crédit du compte CEG ne produisent pas d'intérêts, un placement à long terme de montants d'une certaine importance sur un compte CEG ne saurait entrer en ligne de compte puisqu'il est contraire aux prescriptions contenues à l'article 49 s. OPP 2. Sont également réservés dans ce cas les écarts fondés au sens de l'article 59 OPP 2 qui sont à communiquer à l'autorité de surveillance lors du rapport annuel.

L'acceptation d'argent CEC "sous certaines conditions" signifie donc en particulier ceci:

Il faut s'assurer que les montants CEC puissent être redonnés en paiement sans perte dans un délai utile, c'est-à-dire de quelques mois (p. ex. pour l'achat ou la construction d'immeubles d'habitation, l'achat de mobilier, pour le financement d'imprimés, de mesures publicitaires, de machines, etc.). Vu qu'il n'est pas possible de verser au moyen du système CEC des prestations d'assurance ou de libre passage exigibles, l'argent CEC doit être converti dans les plus brefs délais. L'acceptation d'argent CEC doit par conséquent dépendre des possibilités d'écoulement qui, à leur tour, varient d'une caisse de retraite à l'autre. De toute façon, l'acceptation d'argent CEC doit néanmoins par principe se limiter à des situations exceptionnelles telles qu'elles viennent d'être définies.

57 Divers

1. Séances de commissions et sous-commissions

- **La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle** a entamé le 29 mars 1988 les délibérations en vue de la révision de la LPP. Elle a d'abord trié les propositions de modification qui lui avaient été soumises (elles ont été publiées dans le Bulletin no 9 de la LPP) et jalonné les travaux préliminaires. A cet effet, elle a constitué deux sous-commissions: une sous-commission "prestations" (présidée par M. H. Walser) et une sous-commission "fonctionnement" (présidée par M. B. Lang); celles-ci peuvent à leur tour faire appel à des experts pour traiter des problèmes particuliers. Quant à la question, urgente, du libre passage, elle est déjà à l'étude au sein d'un groupe de travail du DFJP constitué par le Conseil fédéral, puisqu'elle doit être résolue encore avant la révision de la LPP.

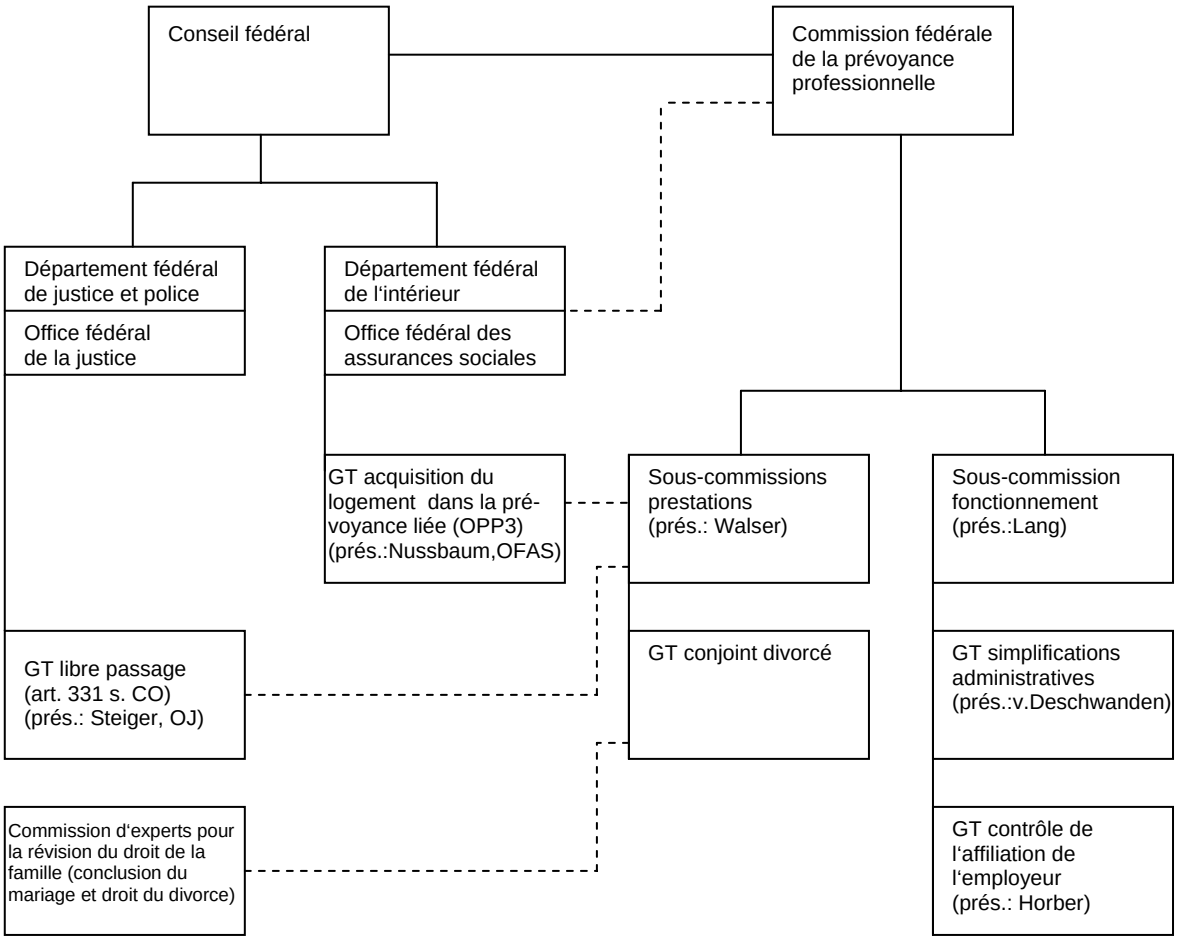
- Lors de sa première séance, qu'elle a tenue le 4 mai 1988, la **sous-commission "prestations"** a abordé, outre diverses questions d'organisation, la question du libre passage, jugée prioritaire parmi les points de révision concernés. La deuxième séance, qui a eu lieu le 1er juillet 1988, a permis d'approfondir les problèmes complexes qui se posent et d'élaborer des solutions sur la base de modèles existant déjà dans la pratique.

- La **sous-commission "fonctionnement"** s'est, elle aussi, déjà réunie à deux reprises, soit le 17 mai et le 14 juin 1988. Après avoir passé en revue les points de révision LPP à traiter, elle a décidé de former deux groupes de travail. Le premier, intitulé "simplifications administratives" et présidé par M. L. Von Deschwanden (séances les 7 et 14 juin 1988), est chargé, en collaboration avec des experts de la pratique, de trouver des moyens pour simplifier l'application de la LPP. Le second, nommé "contrôle de l'affiliation des travailleurs" est présidé par M. B. Horber

(première séance le 21 juin 1988), et appelé, de concert avec des représentants des caisses de compensation AVS, de l'institution supplétive et des autorités de surveillance de la LPP, à discuter du contrôle de l'affiliation des employeurs, d'une part, et des frais d'administration, de l'autre.

2. Organigramme de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et des autres groupes de travail s'occupant de la révision LPP

L'organigramme suivant donne une vue d'ensemble des entités qui s'occupent de la révision de la LPP.



3. Enquête du groupe de travail "Simplifications administratives"

Il y a tout particulièrement lieu de signaler que le groupe de travail "Simplifications administratives" a fait parvenir aux milieux directement ou indirectement intéressés, une enquête (sans questionnaire) dont le but est double:

- obtenir une vue d'ensemble des difficultés pesant sur le travail administratif et
- rassembler des propositions concrètes visant à simplifier le travail administratif en matière de LPP.

Les réponses devront parvenir au plus tard le 30 septembre 1988 au groupe de travail. Adresse:
Groupe de travail LPP "Simplifications administratives"
c/o Office fédéral des assurances sociales
Effingerstrasse 33
3003 Berne

4. Journées d'information de l'OFAS sur l'enregistrement définitif

En prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance inscrites dans le registre à titre provisoire, l'OFAS a réalisé au cours du mois de juin dernier trois journées d'information dont deux se sont déroulées en langue allemande et une en langue française. Ces journées peuvent être considérées comme réussies, dans la mesure où l'OFAS a pu renseigner directement les représentants des institutions concernées sur les conditions liées à l'enregistrement définitif et répondre à leurs questions.

Vers la fin de l'été, l'OFAS remettra aux institutions de prévoyance enregistrées auprès de lui un guide sommaire concernant les points essentiels à observer pour l'enregistrement définitif. Ce manuel pourra être obtenu également par d'autres personnes et organisations intéressées auprès de l'OFAS (Effingerstrasse 33, 3003 Berne).

5. Modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et de l'article 63 LPP

La loi fédérale du 9 octobre 1987 portant sur la modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) du 23 juin 1978, est entrée en vigueur le 1er avril 1988. Cette loi a essentiellement pour effet de soustraire à l'application de la LSA, et par conséquent à la surveillance de l'office fédéral des assurances privées, un certain nombre d'institutions d'assurances qui relèvent de la prévoyance professionnelle.

Par la même occasion, le 3e alinéa de l'article 63 LPP a été abrogé. Il ne s'agit toutefois là que d'une modification de pure forme, étant donné que l'institution supplétive ne supporte pas elle-même les risques d'assurance.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 11

Du 28 décembre 1988

TABLE DES MATIERES

58 Les montants-limites valables pour 1989

59 Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?

60 Paiement en espèces en faveur d'un actionnaire principal ou d'un directeur-actionnaire?

61 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix au 1er janvier 1989; communication du taux d'adaptation

62 Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement

63 La mainlevée pour les créances de cotisations

64 L'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie LPP en raison d'une structure d'âge défavorable de l'institution de prévoyance?

65 Placements chez l'employeur dans les limites fixées dans l'OPP 2

66 Peut-on admettre les "Options et Futures" ou, selon le cas, les opérations à terme comme placements des institutions de prévoyance

67 Divers
1. Statut fiscal des indépendants sans personnel
2. Modifications du code des obligations: Dispositions sur la protection contre le licenciement et la résiliation des rapports de travail
3. Jurisprudence: compensation de la prestation avec des créances en dommages-intérêts
4. Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, de ses sous-commissions et groupes de travail

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

58 Les montants-limites valables pour 1989

(art. 2, 7, 8, 46 LPP, art. 7 OPP 3)

Les montants-limites valables pour l'année 1989 demeurent inchangés par rapport à 1988. Ils s'élèvent à :

a. Pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46,1er al., LPP) Fr. 18'000.-
- Déduction de coordination (art. 8,1er al., LPP) Fr. 18'000.-
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, 1 er al., LPP) Fr. 54'000.-
- Salaire coordonné minimum (art. 8, 2e al., LPP) Fr. 2'250.-

Pour la prévoyance liée du 3e pilier

Déduction maximale admise fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al.,let. a, OPP 3) Fr. 4'320.-
- sans être affilié à une institution de prévoyance du 2e pilier (art. 7, 1er al., let. b, OPP 3) Fr. 21'600.-

59 Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?

(art.30, 2e al., let. b, LPP; art.331c, 4e al., let.b, ch. 2, CO; art.3, 2e al., let. c, OPP 3)

En vertu de l'article 44 LPP, l'indépendant peut adhérer à l'assurance facultative. Par sa teneur, l'assurance facultative des indépendants équivaut dans une large mesure à l'assurance obligatoire des salariés (cf. à ce propos notre article paru dans le Bulletin LPP no 8 du 30 mars 1988, sous ch. 47). Cela vaut en premier lieu pour l'affectation des ressources de la prévoyance professionnelle qui - comme chacun le sait - se caractérise, entre autres, par une interdiction générale d'opérer des versements en espèces, cette interdiction ne souffrant que des exceptions très strictes. Lorsque l'indépendant résilie son assurance facultative - ce qu'il peut, à l'opposé du salarié obligatoirement assuré, faire en tout temps - il n'est pas rare d'observer dans la pratique qu'il demande le plus souvent à cette occasion le versement en espèces de sa prestation de libre passage en invoquant que, justement, il s'établit à son propre compte (resp. art. 30, 2e al., let. b, LPP, et art. 331c, 4e aL, let. b, ch. 2, CO).

L'on ne peut cependant pas accorder, sans autre, un versement en espèces en pareil cas. On pourrait ainsi contourner à volonté la destination des moyens de la prévoyance professionnelle et l'institution de prévoyance pourrait alors être assimilée à une sorte d'institut bancaire. Cela équivaudrait d'autre part à traiter le salarié d'une

manière fort inéquitable. On exige en fait du salarié qu'il entreprenne une activité lucrative indépendante, ce qui implique pour lui une certaine adaptation. Il peut ainsi obtenir qu'on lui verse en espèces la prestation de libre passage, qui lui servira de capital initial pour fonder sa propre entreprise, cette dernière lui permettant de se constituer une prévoyance vieillesse suffisante grâce à la prévoyance individuelle (cf. message sur la LPP du 19.12.1975, tirage à part, au bas de la page 92). Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de ces principes pour celui qui travaille déjà à son propre compte et résilie son assurance facultative. Il ne peut, par conséquent, demander que la prestation de libre passage lui soit versée en espèces que lorsque sa situation économique s'apparente à celle d'un salarié qui s'établit à son compte. Dans les faits, un tel cas ne se présente que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative indépendante qui n'a plus aucun lien avec celle qu'il a exercée jusqu'alors et tel est généralement le cas lorsque l'assuré change de branche d'activité. Si au contraire l'activité exercée jusqu'alors se poursuit, cette condition n'est pas remplie et l'assuré ne peut par conséquent pas demander le versement en espèces de sa prestation de libre passage. Ce cas est comparable à celui d'un travailleur soumis à l'assurance obligatoire qui change de place, mais demeure salarié.

C'est du reste sur cette même idée que repose la prévoyance liée du troisième pilier qui pose comme exigence l'abandon de l'activité indépendante exercée jusqu'alors et la reprise d'une activité d'un autre genre (art. 3, 2e al., let. c, OPP 3).

60 Paiement en espèces en faveur d'un actionnaire principal ou d'un directeur-actionnaire?

(art. 30, 2e al., let. c, LPP et art. 331c, 4e al., let. b, ch. 2, CO)

Un travailleur quitte une place pour assumer une nouvelle activité auprès d'une société anonyme où il endosse une fonction dirigeante et participe en même temps de façon décisive au capital-actions. Il faut alors se demander si l'on doit considérer comme un indépendant cet actionnaire unique, principal ou majoritaire et s'il peut donc exiger de son ancienne institution de prévoyance que la prestation de libre passage lui soit versée en espèces.

Sur le plan formel, il faut considérer comme salarié la personne qui travaille au service de sa propre société anonyme et, partant, l'assimiler à une personne exerçant une activité lucrative salariée au sens de l'AVS (cf. à ce propos Bulletin de la prévoyance professionnelle no 5, ch. 33, et RCC 1985, p. 369). Cette personne reste soumise au régime obligatoire de la LPP. Il n'est donc pas possible de verser la prestation de libre passage en espèces.

Les considérations précédentes s'appliquent, pour des raisons de principe, également à la prévoyance plus étendue. L'on ne peut par conséquent plus se référer aux divers modes d'appréciation économique dont ce genre de personnes faisait l'objet avant l'entrée en vigueur de la LPP. On ne saurait scinder la prestation de libre passage et verser en espèces la part surobligatoire. Cela serait en désaccord avec la volonté du législateur qui tend vers une harmonisation entre la réglementation en matière de libre passage du CO et celle de la LPP.

61 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix au 1er janvier 1989; communication du taux d'adaptation

(art. 36 LPP; Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix)

Conformément à l'article 36 LPP et à l'ordonnance du 16 septembre 1987 y afférente, l'adaptation des rentes au renchérissement se déroule en deux étapes: dans une première phase, l'on adapte les rentes en cours depuis plus de trois ans tout d'abord au renchérissement. Ensuite, dans une seconde phase, l'on procède à toutes les adaptations subséquentes au même rythme que celui de l'assurance-accidents (cf. à ce propos Bulletin no 5, ch. 32).

Ce n'est pas le moment où le droit à la rente prend naissance, mais celui où la rente a dû être effectivement versée qui détermine le moment où la durée d'échéance commence à courir pour la première adaptation. Lorsque le début du droit a été, en vertu du règlement de l'institution de prévoyance, différé du fait du versement du salaire ou d'une indemnité journalière (art. 26, 2e al., LPP et art. 27, OPP 2), la durée d'échéance ne commence à courir qu'après l'extinction du droit au salaire ou à l'indemnité journalière.

Au 1er janvier 1989, toutes les rentes qui ont été versées pour la première fois au cours de l'année 1985 doivent être adaptées au renchérissement.

Le taux d'adaptation s'élève à 4,3 pour cent.

Etant donné qu'il s'agit là de la première adaptation depuis l'entrée en vigueur de la LPP, il n'y a pas encore lieu de procéder à des adaptations subséquentes.

Une institution de prévoyance allouant des prestations supérieures aux prestations minimales LPP (= caisse enveloppante) a la possibilité de ne pas les adapter aussi longtemps qu'elles dépassent les prestations minimales, renchérissement y compris, prévues par la loi. Elle peut également compenser le renchérissement isolément. C'est à elle qu'incombe l'obligation de prouver que les prestations réglementaires, qu'elle alloue à tout ayant droit, sont pour le moins équivalentes aux prestations légales minimales adaptées au renchérissement.

62 Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement

(art. 36 LPP)

L'article 36 LPP stipule que les rentes de survivants et d'invalidité doivent être adaptées à l'évolution des prix jusqu'au jour où le bénéficiaire a atteint l'âge de 65 ans (hommes) ou 62 ans (femmes). Passé cette limite d'âge, chaque institution de prévoyance est tenue, dans les limites de ses possibilités financières, d'adapter les rentes susmentionnées ainsi que les rentes de vieillesse (cf. à ce propos Bulletin no 5, ch. 32). Le tableau suivant donne un aperçu sur la délimitation de l'adaptation obligatoire d'avec l'adaptation à effectuer selon les possibilités financières de l'institution de prévoyance.

Les institutions de prévoyance qui, dans le cadre d'un contrat collectif d'assurance conclu avec un assureur, allouent des prestations temporaires de survivants et d'invalidité, doivent veiller à ce que le montant de la rente de vieillesse soit pour le moins équivalent à celui de la rente temporaire versée jusqu'alors.

Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement
(art. 36 LPP)

Genre de rentes	**Ayant droit**	**Adaptation obligatoire**	**Adaptation dans les limites des possibilités financières de l'institution de prévoyance**
rente e vieillesse	assuré	--	dès l'âge de la retraite, jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente pour enfants de retraités	assuré	--	dès l'âge de la retraite, jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente de veuve	veuve	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais jusqu'à 62 ans au plus tard	dès l'âge de 62 ans jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente d'orphelin	orphelin	jusqu'à l'extinction du droit à la rente	--
Rente d'invalidité	assuré	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais au plus jusqu'à l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes)	dès l'âge de 65 ans (hommes) ……..62 ans (femmes) jusqu'à l'extinction du droit à la rente
rente pour enfant d'invalides	assuré	jusqu'à l'extinction du droit à la rente, mais au plus jusqu'à l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes) de la personne assuré	dès l'âge de 65 ans (hommes) 62 ans (femmes) jusqu'à l'extinction du droit à la rente

63 La mainlevée pour les créances de cotisations

(art. 66 LPP; art. 82 LP)

Dans son Bulletin de la prévoyance professionnelle no 7, chiffre marginal 43, l'Office fédéral des assurances sociales a exposé le problème de la mainlevée dans le domaine de la perception des cotisations par une institution de prévoyance. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 1988, le Tribunal fédéral a décidé que la mainlevée provisoire doit être accordée à l'institution de prévoyance sur présentation d'un contrat d'affiliation conclu avec l'employeur mis en poursuite et d'une liste des salaires, établie et signée par lui, relative aux salariés concernés. Une autre condition à remplir, c'est que les taux de cotisations doivent ressortir du contrat d'affiliation ou du règlement applicable. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet donc qu'est réalisée, dans ces circonstances, l'exigence selon laquelle une créance doit pouvoir être concrétisée au sens de l'article 82 LP.

Cet arrêt revêt pour la prévoyance professionnelle une importance inestimable. En effet, les institutions de prévoyance pourront désormais faire recouvrer leurs créances de cotisations directement par la voie de l'exécution forcée, c'est-à-dire sans devoir engager la voie laborieuse, compliquée et coûteuse que représente la procédure civile. Demeure toutefois réservée l'action en libération de dette qui peut être intentée après la mainlevée provisoire.

64 L'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie LPP en raison d'une structure d'âge défavorable de l'institution de prévoyance

(art. 56, 1er al., let. a, LPP et art. 331, 3e al., CO)

L'OFAS a été saisi à plusieurs reprises de la question de savoir de quelle façon peuvent être utilisés les subsides versés par le fonds de garantie à une institution de prévoyance en raison d'une structure d'âge défavorable. La réponse à cette question étant d'intérêt général, l'OFAS y répond comme suit:

1. La loi ne règle pas l'affectation des subsides octroyés par le fonds de garantie en vertu de l'article 56, 1er alinéa, lettre a, LPP. Eu égard au but et au sens de ces subsides, différentes possibilités d'utilisation peuvent être envisagées. Leur affectation relève en premier lieu de l'institution de prévoyance. C'est à l'organe paritaire compétent de celle-ci qu'il appartient de décider concrètement de la manière de les utiliser. Quant aux organes de contrôle et, en dernier ressort, aux autorités de surveillance, ils s'assurent que cette utilisation est conforme.

Différentes affectations peuvent être envisagées, par exemple:

- L'accumulation sur un compte de réserve destiné à réduire les cotisations;

- Le transfert dans la fortune libre de prévoyance;

- L'utilisation pour des mesures spéciales (p. ex. avantages accordés à la génération d'entrée);

- L'attribution selon un plan déterminé, en faveur des assurés en vue de l'amélioration de leurs prestations.

2. Les subsides peuvent-ils être affectés aux réserves de cotisations des employeurs? Depuis l'entrée en vigueur de la LPP le 1er janvier 1985, la constitution de telles réserves est réglée par l'article 331, 3e alinéa, CO, entré en vigueur simultanément, dont la teneur est la suivante:

> "Lorsqu'il incombe au travailleur de verser des cotisations à une institution de prévoyance, l'employeur est tenu de verser en même temps une contribution au moins égale à la somme des cotisations de tous les travailleurs; il financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément."

Cette prescription a pour but d'obliger l'employeur à payer ses cotisations non pas par des ressources de l'institution de prévoyance - comme cela était admis avant l'entrée en vigueur de la LPP - mais par ses propres moyens. Dès le 1er janvier 1989, l'article 331, 3e alinéa, CO est une disposition relativement impérative, en ce sens que, selon l'article 362, 1er alinéa, CO, elle ne peut être modifiée par consentement mutuel qu'en faveur du travailleur.

3. Or il existe des cas où l'employeur paie lui-même la totalité des cotisations au fonds de garantie, ne les mettant ainsi nullement à la charge des travailleurs. On peut dès lors se demander si l'employeur ne pourrait pas être déchargé de ces dépenses en obtenant que les subsides du fonds de garantie soient versés sur son compte de réserves de cotisations. Cette question appelle la réponse suivante:

Les cotisations qu'une institution de prévoyance verse au fonds de garantie ne forment pas un capital séparé par institution ou par caisse de prévoyance, dont seraient prélevés des subsides destinés à l'institution ou à la caisse de prévoyance concernée, en cas de structure d'âge défavorable. Les cotisations payées par les institutions de prévoyance enregistrées au fonds de garantie forment au contraire une seule et même fortune de cette fondation, quand bien même le fonds de garantie doit tenir des comptes séparés pour chacune de ses tâches (art. 56, 2e al., LPP). Vu la provenance multiple des cotisations versées au fonds de garantie qui s'amalgament en une seule fortune, on ne saurait prétendre dans un cas d'espèce que les subsides octroyés - même s'ils sont égaux ou inférieurs à la totalité des cotisations payées au fonds de garantie par l'institution concernée - proviennent exclusivement de l'accumulation des cotisations d'un employeur déterminé. Par définition, la fortune du fonds de garantie se compose en effet également des cotisations d'autres employeurs et de leurs travailleurs ainsi que des intérêts produits. Ce système de financement dit de "répartition collective des dépenses" permet au fonds de garantie de fournir en tout temps ses prestations moyennant des cotisations relativement peu élevées. Pour ces raisons, il ne saurait être question d'affecter les subsides du fonds de garantie à la réserve de cotisations de l'employeur.

4. En revanche, il est admissible, peut-être même opportun, que l'institution de prévoyance puisse ouvrir un compte neutre de réserve de cotisations, qui serait crédité des subsides du fonds de garantie et qui profiterait aux deux parties, employeur et travailleurs, pour l'acquittement de leurs cotisations à la prévoyance professionnelle, et cela proportionnellement à la part de contribution supportée par chaque partie. Ainsi, si l'employeur finance seul toutes les cotisations afférentes à la prévoyance professionnelle de ses travailleurs, il pourrait être aussi le seul à bénéficier de cet allégement procuré par les subsides du fonds de garantie. S'il en paie trois quarts, il peut profiter dans la même proportion des prélèvements opérés sur ce compte de réserve. Il demeure toutefois que la manière adéquate d'utiliser ces subsides doit être définie dans tous les cas par l'organe paritaire de l'institution de prévoyance ou, selon le cas, par celui de la caisse de prévoyance qui y a droit.

65 Placements chez l'employeur dans les limites fixées dans l'OPP 2

(art. 71 LPP; art. 54 OPP 2 en corrélation avec l'art. 57 OPP 2)

Conformément aux limites des placements fixées dans l'OPP 2, les institutions de prévoyance peuvent placer une partie de leur fortune auprès des employeurs affiliés. A ce propos, la question est parfois soulevée de savoir comment établir la liaison entre les limites posées par l'article 57 OPP 2 et celles qui le sont à l'article 54 OPP 2. C'est par exemple le cas lorsque l'employeur est une banque. L'on sait qu'en principe une institution de prévoyance peut placer toute sa fortune auprès d'une banque sans limite aucune et acquérir une créance envers celle-ci (art. 54, let. a, OPP 2).

Afin d'éviter un éventuel conflit de normes entre les articles 54, lettre a, et 51 OPP 2, il convient de procéder à une interprétation systématique et appropriée de ces dispositions:

La limitation particulièrement sévère des placements chez l'employeur conformément à l'article 51 OPP 2 tient au caractère particulier des relations que tant les salariés que de l'institution de prévoyance peuvent entretenir avec l'employeur. Etant donné que ces relations sont parfois fort étroites sur le plan personnel ou économique, il y a un certain risque que la fortune de l'institution de prévoyance soit placée chez l'employeur sans l'attention nécessaire, voire par pure complaisance. C'est pourquoi le législateur a restreint ces possibilités dans une mesure raisonnable en tenant compte d'une part d'un secteur de prévoyance à protéger de façon absolue (prestations de libre passage) et d'autre part de la diversité des formes de placement (prêts et participation). Or, ne serait-ce qu'en vertu du principe de l'égalité de traitement, certains employeurs ne sauraient être avantagés par rapport aux autres. Ceci est aussi valable pour les banques en tant qu'employeurs.

En outre, par rapport à l'article 54 OPP 2, l'article 51 OPP 2 est une prescription spéciale. Suivant le principe général d'interprétation selon lequel la disposition particulière prime la disposition générale, il est clair qu'en cas d'un éventuel conflit de normes dans l'application des articles 51 OPP 2 et 54 OPP 2, c'est le premier nommé qui prévaut.

66 Peut-on admettre les "Options et Futures" ou, selon le cas, les opérations à terme comme placements des institutions de prévoyance?

(art. 71 LPP; art. 50-55 OPP 2)

L'entrée en fonction de la bourse suisse des "Options et Futures" SOFFEX soulève la question de savoir s'il est judicieux pour les institutions de prévoyance de procéder à ce genre de transactions et si celles-ci sont compatibles avec les directives en matière de placement de l'OPP 2.

Après avoir consulté différents milieux spécialisés dans cette question, l'OFAS est arrivé à la conclusion qu'il est parfaitement possible d'utiliser judicieusement les "Options et Futures" pour gérer la fortune des institutions de prévoyance, lorsque ce sont des spécialistes qui effectuent ces opérations. Ces possibilités doivent en premier lieu accroître la sécurité des placements. Ci-après, voici quelques principes

dont l'observation devrait permettre, de l'avis de l'OFAS, de concilier les achats et les ventes d'"Options et de Futures" avec les dispositions sur le placement de l'OPP 2.

Principe

Les "Options et Futures" ne représentent pas réellement des placements au sens des formes énoncées à l'article 53 OPP 2. Il s'agit bien plus d'instruments dits dérivés qui découlent des placements autorisés en vertu de l'OPP 2. L'utilisation adéquate de ces instruments permet en particulier de se prémunir contre les risques de fluctuations inhérents aux titres de base (p. ex. actions, monnaies étrangères). Cependant, ces transactions occasionnent des frais qu'il s'agit de surveiller afin d'éviter une diminution du rendement de la fortune.

La responsabilité des opérations portant sur des "Options et des Futures" incombe dans tous les cas aux organes dont relève la gestion de la fortune. Etant donné que ces transactions revêtent un caractère complexe et sont relativement nouvelles, les responsables doivent posséder des connaissances approfondies de la matière.

Les transactions considérées de plus près

1. Prévention des risques de perte sur les cours et des risques monétaires

Les "Options et Futures" peuvent être utilisés pour prévenir les risques de perte sur les cours et les risques monétaires sur les titres qui sont déjà en possession de l'institution de prévoyance. Il s'agit en particulier des opérations suivantes:

- acquisition d'options de vente ("Put");
- vente à terme;
- vente de "Futures".

2. Achats à terme

En lieu et place des achats au comptant, les titres ou les devises peuvent, comme jusqu'à présent, être achetés à terme ou, ce qui est nouveau, sous la forme de "Futures" ou de "Call-Options". Les institutions de prévoyance doivent veiller à ce que les liquidités nécessaires à l'exécution des opérations conclues soient disponibles. Concrètement, il s'agit des transactions suivantes:

- acquisition de titres à terme;
- acquisition de "Futures";
- acquisition d'options d'achat ("Call").

3. Amélioration du rendement

Dans certains cas, une option peut être utilisée afin d'améliorer le rendement, le risque proprement dit n'étant pas celui de subir une perte mais de ne pas réaliser un bénéfice. A ce titre, on peut admettre

- la vente à découvert (l'inscription) d'options d'achat ("Call") sur des titres que détient l'institution de prévoyance.

4. Autres opérations

Les transactions qui n'ont pas été mentionnées sous chiffres 1 à 3 sont en principe illicites, à l'exception de la "fermeture" de positions ouvertes, c'est-à-dire le rachat ou la revente d'engagements contractés ou de droits acquis selon les chiffres 1 à 3 ci-dessus. Dans de tels cas, les transactions doivent porter sur les mêmes prix d'exercice et le même délai d'exercice.

D'autres exceptions peuvent être envisagées dans le cadre d'une stratégie. Il s'agirait alors d'une dérogation, au sens de l'article 59 OPP 2, laquelle devrait être motivée d'une manière particulière envers l'autorité de surveillance. De telles stratégies exigent de la part des responsables de la gestion de la fortune une connaissance particulièrement approfondie de la matière.

5. Contrats sur "Indices"

Au lieu des "OPTIONS et FUTURES" sur certains titres, il est également possible d'effectuer de telles transactions sur des ensembles de titres ("Indices"). Lorsque des titres disponibles sont garantis au moyen de contrats sur "Indices", on veillera à ce que la composition de ces positions corresponde le plus possible aux "Indices". En cas de différences par rapport à l'indice, il faut prendre des mesures appropriées.

Compte rendu des transactions

L'utilisation d'instruments dérivés doit être mentionnée dans le rapport annuel. Les engagements qui en résultent sont à mentionner dans le bilan. Au besoin, on constituera des provisions. Les transactions réalisées au cours de l'année feront l'objet d'un rapport sommaire.

Pour ce qui est du contrôle de l'application des directives en matière de placements selon les articles 54 et 55 OPP 2, une liste séparée devrait en règle générale s'avérer nécessaire. En principe, les "Options et Futures" doivent toujours figurer dans la catégorie de placements dont ils sont dérivés, c'est-à-dire à laquelle appartiennent les titres de base sur lesquels se fonde l'opération. S'il s'agit d'achats de "Futures" et "Calls" ou d'achats à terme, la situation est déterminée par l'exercice des droits. Il en va de même pour les ventes à terme et les ventes de "Futures". Par contre, en cas d'achats d'options de vente (Puts) et de ventes de "Calls", le contrôle de l'application desdites limites devra encore tenir compte des réserves de base.

L'organe de contrôle doit examiner si des provisions sont nécessaires et, le cas échéant, si elles figurent correctement au bilan. En outre, il vérifie l'application des limites de placements en tenant compte des options, opérations à terme et "Futures".

67 Divers

1. Statut fiscal des indépendants sans personnel

Par circulaire du 25 novembre 1988 aux institutions communes et collectives de la prévoyance professionnelle, l'Administration fédérale des contributions a abordé le problème des indépendants sans personnel qui se sont affiliés à une institution de prévoyance commune ou collective. Elle y relève en substance qu'il ne sera désormais plus possible aux indépendants sans personnel de s'affilier à titre individuel à une institution de prévoyance en vue d'obtenir des déductions dans le domaine de l'impôt fédéral direct, sauf dans le cadre de la prévoyance facultative selon l'article 44 LPP. En même temps, elle indique les solutions qui peuvent être envisagées pour résilier ou modifier les affiliations non conformes d'indépendants sans personnel à des institutions du deuxième pilier. Ces informations ont également été portées à la connaissance des administrations fiscales cantonales.

Ci-après, nous reproduisons, avec le consentement de l'Administration fédérale des contributions, les possibilités de solution qu'elle propose:

« 1. L'indépendant concerné peut suspendre le paiement des cotisations à l'institution de prévoyance où il était affilié jusqu'ici et laisser "geler" sa prévoyance. Les prestations doivent être imposées au même titre que celles du 2e pilier, à leur échéance.

2. Les capitaux de prévoyance accumulés peuvent aussi être transférés en franchise d'impôt à l'institution de prévoyance de l'association professionnelle ou de l'institution supplétive.

3. Les cotisations et les montants payés jusqu'ici peuvent en outre être transférés sur un compte de libre passage ou une assurance de libre passage auprès d'une institution au sens de l'article 2 de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage du 12 novembre 1986.

4. En principe, le capital-prévoyance accumulé jusqu'ici ne peut être transféré directement sur une forme reconnue de prévoyance individuelle liée puisqu'il représenterait un rachat non admis dans le pilier 3a. Dans certains cas toutefois, un régime transitoire peut se justifier pour la régularisation des contrats de prévoyance. Certains cantons prévoient déjà cette manière de faire pour l'impôt cantonal et communal. Le but du régime transitoire est de permettre le transfert, avec effet rétroactif, des cotisations payées depuis le 1er janvier 1985 aux institutions de prévoyance communes ou collectives sur une forme de prévoyance fiscalement reconnue. A titre exceptionnel, les cantons qui connaissent un tel régime transitoire n'imposeront pas les montants versés à partir du 1er janvier 1985, provenant de l'institution de prévoyance à laquelle le contribuable était affilié, si celui-ci les transfère sur un contrat ou une convention de prévoyance liée selon l'OPP 3. Les montants transférés dans le pilier 3a ajoutés à ceux qui ont déjà été versés directement par le contribuable pour cette forme de prévoyance

ne devront, pour la période allant de l'année 1985 à celle du transfert, en aucun cas excéder au total les maxima autorisés selon l'article 7, 1er alinéa, lettre b de l'OPP 3. Un solde éventuel doit être utilisé selon les modalités prévues sous chiffres 1 et 3 ci-avant. Les montants payés avant le 1er janvier 1985 doivent être gelés auprès de l'institution de prévoyance à laquelle le contribuable était affilié jusqu'ici. Pour des raisons d'économie administrative, nous acceptons que les cantons appliquent le même régime en ce qui concerne l'impôt fédéral direct.

Par ces mesures rectificatives, les autorités fiscales veulent donner la possibilité à l'indépendant de transférer son contrat de prévoyance dans un 2e pilier ou un pilier 3a fiscalement reconnus. Il lui est accordé pour le transfert un délai expirant au 31 décembre 1990; des réglementations cantonales prévoyant des délais plus courts demeurent toutefois réservées. A partir de 1991, le contrat liant le contribuable à l'institution commune ou collective ne sera plus reconnu sur le plan fiscal comme 2e pilier. »

2. Modifications du code des obligations: Dispositions sur la protection contre le licenciement et la résiliation des rapports de travail
(art. 319 s. CO)

Le délai de référendum n'ayant pas été utilisé, le Conseil fédéral a décidé, en date du 31 août 1988, de mettre en vigueur au 1er janvier 1989 la présente révision du CO (cf. FF 1984 II 574, 1988 l 1378, HS 1988 1472). Les dispositions sur la prévoyance professionnelle n'ont pas été modifiées quant au fond, seul le catalogue des dispositions impératives au chapitre IV du code des obligations (art. 361 à 362 CO) fait l'objet de modifications:

Article	Anciennement	Nouvellement
331 (prévoyance en faveur du personnel)	absolument impératif	1 er et 2e al.: absolument impératif 3e et 4e al.: relativement impératif
331 a et b (montant du libre passage)	relativement impératif	relativement impératif
331 c (exécution de l'obligation)	relativement impératif	absolument impératif
339 d (indemnité de départ; prestation de remplacement)	absolument impératif	relativement impératif

3. Jurisprudence: compensation de la prestation avec des créances en dommages-intérêts
(art. 27, 2e al., art. 39, 2e al., LPP)

Le Tribunal fédéral des assurances a posé comme principe dans un arrêt du 25 février 1988 (publié dans l'ATF 114 V 33 s.) que le droit à la prestation de libre passage ne peut pas être compensé par la créance en dommages-intérêts que l'entreprise a cédée à la fondation même lorsqu'il s'agit d'un dommage intentionnel.

4. Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, de ses sous-commissions et groupes de travail

Depuis août 1988, la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a déployé, avec la collaboration des services spécialisés de l'OFAS, une intense activité. Les séances suivantes ont eu lieu :

Sous-commission "fonctionnement"

Cette sous-commission présidée par M. Lang a siégé quatre fois, à savoir les 22 août, 21 septembre, 11 novembre et 7 décembre. Elle a abordé des questions concernant les institutions de prévoyance collectives et communes, la gestion paritaire, le contentieux et le contrôle de l'affiliation des employeurs.

Le **groupe de travail "contrôle de l'affiliation des employeurs"** s'est réuni pour la deuxième et troisième fois le 31 août et le 28 novembre sous la présidence de M. B. Horber. Il a soumis à la sous-commission "fonctionnement" des propositions destinées à simplifier le régime en vigueur.

Le **groupe de travail "simplifications administratives"**, également constitué par la sous-commission "fonctionnement", a tenu séances le 3 octobre et le 10 novembre sous la présidence de M. L. von Deschwanden. Il a entendu plusieurs experts et a pris connaissance des réponses à l'enquête entreprise auprès des personnes et institutions concernées directement ou indirectement par l'application de la LPP. Il a dégagé des principes en vue de son rapport final.

Sous-commission "prestations"

La sous-commission "prestations", présidée par M. H. Walser, s'est réunie pour la troisième et quatrième fois le 1er septembre et le 29 novembre. Après avoir discuté et examiné à fond différents modèles, elle a adopté, à l'attention de la commission LPP, des propositions visant à améliorer la réglementation actuelle en matière de libre passage. En outre, elle a débattu des effets de la 10e révision de l'AVS sur la prévoyance professionnelle, pris position sur le rapport du groupe de travail "encouragement de la propriété du logement" dans le cadre du 2e pilier et s'est penchée sur les lacunes du système actuel de la déduction de coordination et sur les améliorations possibles.

Groupe de travail "conjoints divorcés"

Le groupe de travail a siégé le 27 septembre et le 7 décembre 1988, également sous la présidence de M. H. Walser. En collaboration avec des représentants de la commission d'experts chargée de réviser le droit sur le divorce, il a discuté du statut du conjoint divorce dans le deuxième pilier et approfondi divers modèles de solution.

Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

Enfin la Commission plénière de la prévoyance professionnelle a siégé le 8 novembre sous la présidence de M. C. Crevoisier, directeur-suppléant de l'OFAS.

Elle a chargé la sous-commission "fonctionnement" d'examiner la possibilité, en cas d'insolvabilité, d'étendre les prestations du fonds de garantie également à la prévoyance plus étendue. Ensuite, elle s'est occupée de la coordination avec la 10ème révision de l'AVS, plus précisément au sujet des points en rapport avec la prévoyance professionnelle. Par ailleurs, elle a examiné si la prévoyance professionnelle pourrait aussi faire l'objet de conventions bilatérales de sécurité sociale, ce qui a finalement été jugé inopportun.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 12

du 28 juin 1989

TABLE DES MATIERES

68 Jurisprudence: notion de salarié dans la LPP; situation de la femme qui travaille dans l'entreprise de son mari

69 Jurisprudence: date de sortie de l'institution de prévoyance

70 Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

71 Jurisprudence: calcul de la prestation de libre passage

72 Jurisprudence: utilisation de la créance de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires

73 Jurisprudence: garantie des prestations légales

74 Jurisprudence: qualité pour recourir du Département fédéral de l'intérieur (DFI)

75 LPP et droit pénal

76 Divers

1. Examen de la légalité de la gestion dans les institutions collectives
2. Attestation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle
3. Nouveau recueil des textes législatifs concernant la prévoyance professionnelle
4. Révision de la LPP

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

68 Jurisprudence: notion de salarié dans la LPP; situation de la femme Qui travaille dans l'entreprise de son mari

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 janvier 1989, en la cause W.
(art. 2, 7ss, 11, 60 LPP; art. 1er OPP 2; art. 5 LAVS; art. 164, 165 CC)

En l'espèce, le litige portait sur la Question de savoir si l'épouse du recourant devait être considérée comme salariée soumise à l'assurance obligatoire au sens de l'article 2, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 7, 1er alinéa, LPP. Il s'agissait d'une entreprise non agricole.

Se fondant sur l'article 5 LAVS et sur la jurisprudence qui en découle, qui exige que le travail de l'épouse dans l'exploitation soit important du point de vue de sa durée et de sa qualité, le Tribunal a décidé qu'en matière d'AVS, la recourante devait être considérée comme exerçant une activité dépendante.

Restait alors à clarifier si le statut de cotisations passé formellement en force de chose jugée dans l'AVS ne déployait pas aussi ses effets en matière de prévoyance professionnelle.

Bien qu'il n'existe aucun lien direct entre le statut de cotisations de l'AVS et la prévoyance professionnelle, le Tribunal a décidé, après avoir procédé à un examen approfondi, que, compte tenu des points communs qui rattachent étroitement la LPP et la LAVS, et se fondant sur les travaux préparatoires et sur la systématique juridique, la notion de salarié doit certes être interprétée conformément à l'article 2, 1er alinéa LPP, mais selon les critères juridiques qui prévalent dans l'AVS. La notion de salarié ne se limite pas, en conséquence, à celle du droit du contrat de travail en vertu des articles 319ss CO. Il faut plutôt se fonder sur la version française de l'article 2, 1er alinéa, LPP, qui utilise le terme de "salarié" et non de "travailleur". Le Tribunal a en outre fait référence à la décision de Conseil fédéral du 11 septembre 1985 (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 51/1987, no 16, p. 100 s.).

S'appuyant sur ces réflexions, le Tribunal fédéral a jugé que le recourant avait été affilié à juste titre à l'institution supplétive (art. 11, Se al., et 60, 2e al., let. a LPP).

Le Tribunal a ensuite examiné les répercussions du nouveau droit matrimonial, entré en vigueur le 1er janvier 1988, sur les considérations précitées. Il a conclu qu'en matière de droit des assurances sociales il importe peu que le recourant n'ait pas conclu de contrat de travail avec son épouse ou que les versements effectués au sens de l'article 16S, 1er alinéa, CC, doivent être qualifiés d'indemnités équitables pour le travail fourni dans son entreprise. Ces indemnisations sont de toute façon le fruit du travail accompli; elles doivent par conséquent être traitées comme un salaire en espèces.

Il en irait autrement si les époux exploitaient une entreprise en commun car ils seraient alors considérés comme des indépendants du point de vue de l'AVS, échappant ainsi également à l'assujettissement obligatoire selon la LPP.

69 Jurisprudence: date de sortie de l'institution de prévoyance

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances, (TFA) du 16 février 1989, en la cause D.
(art. 10 et 66 LPP et ancien art. 336 CO)

Si le licenciement d'un assuré est ajourné ou si l'échéance du délai de congé est suspendue (ancien art. 336 c, 2e al. CO), l'affiliation à l'institution de prévoyance et, de ce fait, la durée d'assurance sont également prolongées. Qu'aucune cotisation n'ait été versée au cours de la suspension ou de la prolongation n'y change rien. C'est à l'institution de prévoyance qu'il appartient de recouvrer ces cotisations auprès de l'employeur (art. 66, 2e al. LPP).

70 Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

A propos de l'arrêt du TFA, du 16 février 1989, en la cause D.
(art. 15 LPP; art. 11, 3e al., let. a et art. 12 OPP 2; art. 102, 2e al. et art. 104 CO)

Contrairement à l'opinion que l'OFAS a publiée sous le chiffre marginal 12 du Bulletin de la prévoyance professionnelle no 2, qui se fondait sur un avis de l'Office fédéral de la justice (mais qui n'avait pas valeur de directive, comme on pourrait le croire à la lecture de l'arrêt), le Tribunal conclut que l'article 11, 3e alinéa, lettre a et l'article 12 OPP 2 ne sont pas applicables pour calculer l'intérêts moratoire, aussi bien dans le régime obligatoire que dans le régime pré ou sur-obligatoire. Le montant des intérêts moratoires résulte par conséquent en premier lieu du règlement. En l'absence d'une telle disposition, c'est l'article 104, 1er alinéa, CO qui est applicable qui fixe l'intérêt moratoire à 5 pour cent l'an. A notre avis, cela devrait signifier que les institutions de prévoyance ne peuvent pas fixer dans leurs règlements un intérêt plus faible (voir au sujet de la modification éventuelle du taux d'intérêt: Prof. E. Béguelin, Fiches juridiques suisses, fiche no 607).

De l'avis du Tribunal, les intérêts moratoires courent sans mise en demeure préalable à partir du jour auquel la prestation de libre passage est due, c'est-à-dire dès la cessation des rapports de travail (art. 102, 2e al., CO), à la condition toutefois que l'institution de prévoyance possède les renseignements requis concernant le destinataire de la prestation de libre passage, faute de quoi on ne saurait considérer que l'institution de prévoyance est en demeure.

71 Jurisprudence: calcul de la prestation de libre passage

A propos des arrêts du TFA, du 19 décembre 1988, en la cause J., et du 16 février 1989; en la cause D.
(art. 28 LPP, 331a et 331b CO)

1. Méthodes en discussion

Dans son arrêt en la cause J., le TFA a examiné deux modes de calcul de la prestation de libre passage, soit la méthode de comparaison et celle de la scission (voir à ce sujet notre article dans le Bulletin no 4, chiffre marginal 25).

Selon le TFA, la méthode de la scission ne peut ni se fonder sur les travaux préparatoires de la loi, ni se justifier par le sens et l'objectif de l'article 28 LPP. La teneur de cette disposition ne permet pas non plus de tirer quoi que ce soit en faveur de ce mode de calcul. Du point de vue systématique, enfin, la place de l'article 28 dans la LPP ne fournit aucun élément décisif en la matière.

La portée réelle de l'article 28 réside plutôt dans le fait que celui-ci est d'abord une norme de coordination, étant donné que les articles 331a et 331b CO se réfèrent à l'ensemble de la prévoyance réglementaire. Cette disposition est destinée à harmoniser entre elles prévoyance obligatoire et prévoyance plus étendue, compte tenu de leurs objectifs respectifs.

Le TFA rejette en conséquence la méthode de la scission et se prononce par principe en faveur de la méthode comparative.

2. Différences suivant que la caisse est scindée ou enveloppante

Le TFA relève qu'il peut certes sembler peu satisfaisant que des assurés puissent percevoir, en cas de libre passage, une prestation généralement plus élevée si la caisse est scindée que si elle est enveloppante. Mais du point de vue de la protection minimale inhérente au régime obligatoire de la LPP, cela doit être accepté.

3. Marche à suivre en vertu de la méthode comparative / éléments du calcul

Selon le TFA, les éléments ci-après doivent être pris en considération dans le calcul comparatif afin de sauvegarder l'ordre juridique instauré par l'article 28, 1er alinéa, LPP en matière de libre passage.

- le calcul comparatif doit se fonder sur des bases de comparaison identiques dans le temps;

- est déterminante, la période pendant laquelle l'assuré a appartenu à la dernière institution de prévoyance;

- le droit à la prestation de libre passage dépend uniquement de la période durant laquelle des cotisations ont été payées à cette institution de prévoyance;

- l'avoir de libre passage que l'assuré a apporté dans la dernière institution de prévoyance ne saurait être pris en compte dans le calcul comparatif, car il ne constitue pas un versement de cotisations au sens des articles 331a et 331b CO;

- les versements uniques et les sommes de rachat ne sont pas non plus des cotisations au sens des articles 331a et 331b CO; ils ne doivent donc pas être pris en compte dans le calcul comparatif;

- aucune différence n'est faite, lors du calcul, entre prévoyance obligatoire et prévoyance surobligatoire; par conséquent, les institutions de prévoyance enveloppantes ne sont pas contraintes à la scission.

Par ailleurs, il y a toujours lieu de distinguer d'abord si le bénéficiaire est entré dans l'institution de prévoyance avant ou après le 1er janvier 1985 (date à laquelle la LPP est entrée en vigueur). Le calcul comparatif est conçu différemment dans l'un et l'autre cas:

- **En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance avant le 1er janvier 1985**

  La prestation de libre passage doit être calculée comme suit:

  1. Déterminer tout d'abord la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a ou 331b CO) en tenant compte de toute la période d'assurance passée dans l'institution de prévoyance, ainsi que des prestations de libre passage ou d'autres versements uniques apportés par l'assuré.

  2. En déduire la prestation de libre passage qui était acquise à l'assuré le 31 décembre 1984 en vertu du règlement de l'institution de prévoyance, compte tenu de l'apport éventuel de prestations de libre passage ou d'autres versements uniques.

  3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise en vertu du règlement après le 1er janvier 1985.

  4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise en vertu de la LPP (art. 28, 1er al.).

  5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est ajouté alors au montant 2.

  Exemple chiffré (les chiffres sont imaginaires)

PLP selon règlement / CO pour la durée totale d'assurance (y compris l'apport de versements uniques et la PLP)	fr. 8'500.-	
. /. PLP selon règlement (d'alors) 1 CO au 31.12.1984 (y compris l'apport de versements uniques et le PLP)	fr. 5'200.-	
PLP acquise après le 1.1.1985	fr. 3'300.-	
PLP selon LPP		fr. 4'400.-

  La comparaison indique que la PLP est plus élevée que celle acquise selon le règlement et le CO.

Décompte final:

PLP selon règlement / CO au 31.12.1984	fr. 5'200.-
PLP selon LPP	fr. 4'400.-
La PLP due à l'assuré s'élève donc à	fr. 9'600.-

- **En cas d'entrée dans l'institution de prévoyance après le 1er janvier 1985**

Dans ce cas, la prestation de libre passage à fournir est calculée de la façon suivante:

1. Calculer la prestation de libre passage réglementaire (art. 331a et 331b CO).

2. En déduire la prestation de libre passage apportée éventuellement par l'assuré ainsi que d'autres versements uniques.

3. La différence correspond à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance.

4. Celle-ci est comparée à la prestation de libre passage acquise dans l'institution de prévoyance en vertu de la LPP (art. 28, 1er al.) (donc également après déduction de la prestation de libre passage LPP apportée par l'assuré).

5. Le plus élevé des montants 3 et 4 est alors ajouté au montant 2.

Exemple chiffré (les chiffres correspondent à l'arrêt du TFA en la cause J.)

PLP selon règlement / CO pour la durée totale d'assurance	fr. 213'749.-	
. /. PLP apportée	fr. 201'974.-	
. /. versement unique	fr. 8'465.-	
PLP acquise dans la dernière institution de prévoyance	fr. 3'310.-	
PLP selon LPP (acquise dans l'institution de prévoyance)		fr. 3'729.-
La comparaison indique que la PLP selon LPP est plus élevée que celle acquise selon règlement / CO		

Décompte final:

PLP selon LPP	fr. 3'729.-
PLP apportée	fr. 201'974.-
versement unique	fr. 8'465.-
La PLP due à l'assuré s'élève donc à	fr. 214'168.-

4. Conséquences dans la pratique

En principe, la méthode de calcul mentionnée ne déploie un effet direct qu'entre les parties concernées. Cependant, comme il s'agit d'arrêts du Tribunal fédéral, elle se répercute naturellement aussi, bien qu'indirectement, sur tous les autres cas. Il en va d'ailleurs de même pour les arrêts du Tribunal fédéral touchant tous les autres domaines de la prévoyance professionnelle. Des arrêts dont la portée est aussi large que ceux dont il est question ici en matière de libre passage ont donc aussi des conséquences étendues dans la pratique, particulièrement en ce qui concerne le champ d'application dans le temps et l'adaptation des règlements, conséquences qui peuvent se résumer comme suit:

- La méthode de calcul admise par le TFA doit être appliquée avec effet immédiat, à savoir pour tous les cas de libre passage qui sont survenus depuis que le TFA s'est prononcé à ce sujet.

- Si l'institution de prévoyance a jusqu'ici appliqué un autre mode de calcul (notamment la méthode la plus fréquemment retenue, qui consistait à comparer la prestation de libre passage acquise selon la LPP à celle acquise en vertu du CO ou du règlement indépendamment de la date d'entrée) elle n'a pas besoin de revoir les cas déjà réglés, à moins qu'elles ne s'y soit expressément engagée. Elle peut se fonder sur le principe de la bonne foi fixé à l'article 50, 3e alinéa, LPP. Les deux arrêts du TFA n'ont, de ce point de vue, pas d'effet rétroactif sur les cas de libre passage déjà réglés.

- A notre avis, il devrait en aller de même, lorsque l'assuré requiert un nouveau calcul dans un cas déjà traité, à moins qu'il n'ait émis des réserves lors de la liquidation du cas.

- Les dispositions du règlement concernant le libre passage qui ne concordent plus avec la méthode de calcul décidée par le TFA doivent être adaptées. L'institution de prévoyance ne peut plus en l'espèce se fonder sur le principe de la bonne foi, évoqué plus haut, jusqu'au moment où le règlement aura été modifié; elle est toutefois elle-même responsable de la manière dont elle entend adapter son règlement, ainsi que de la date de cette adaptation.

- L'OFAS prêtera aussi attention à ce problème lors de l'enregistrement définitif. Celui-ci sera possible quand bien même les règlements n'auraient pas encore été adaptés définitivement. Toutefois, l'enregistrement sera alors assorti d'une réserve, à savoir que l'adaptation du règlement devra avoir lieu dans un certain délai.

72 Jurisprudence: utilisation de l'avoir de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires

A propos de l'arrêt du TFA, du 27 décembre 1988, en la cause W. (art. 30, 49, 50 LPP, art. 331c, 4e al. CO)

Un assuré dispose d'un avoir de libre passage constitué à titre privé. A la suite d'une promotion et de l'augmentation du salaire assuré qui en découle, des contributions spéciales sont dues. L'assuré peut-il alors s'acquitter de celles-ci par transfert de son avoir de libre passage?

En principe, en vertu de l'article 49 LPP, les caisses peuvent adopter le mode de financement qui leur convient. La réponse à la question ci-dessus dépend donc du règlement de la caisse concernée. Comme l'a relevé le TFA, il est possible de prévoir dans ce but le versement d'acomptes mensuels. Mais l'utilisation d'un avoir de libre passage existant serait aussi admissible. Elle ne constituerait pas un versement partiel indirect des prestations de libre passage précédentes ni ne porterait atteinte à l'article 30 LPP ou à l'article 331c, 4e alinéa CO.

En résumé, il s'ensuit que des avoirs de libre passage peuvent être utilisés pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires lorsque le règlement de la caisse prévoit cette procédure. La caisse n'est toutefois nullement obligée d'accepter que ces contributions spéciales soient financées par le biais de telles créances de libre passage si son règlement prévoit une autre solution.

73 Jurisprudence: garantie des prestations légales

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 janvier 1989, en la cause G.
(art. 56, 1er al., let. a LPP; art. 7, 2e al. OFG 2)

En rejetant le recours de droit administratif d'une fondation collective LPP, le Tribunal fédéral a arrêté ce qui peut être qualifié de prestation légale garantie par le fonds de garantie conformément à l'article 56, 1er alinéa, lettre b LPP. Il a, ce faisant, établi que la garantie au sens de la LPP vise à protéger les assurés dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire et non à indemniser l'institution de prévoyance. Il n'a en particulier pas désigné comme étant une prestation légale la prime de risque que l'institution de prévoyance doit verser à une institution d'assurances en vertu d'un contrat collectif.

Constituent donc de telles prestations: les prestations de vieillesse, les prestations en cas de décès et les prestations d'invalidité, ainsi que la prestation de libre passage dans les limites de la LPP obligatoire. Le Tribunal a en outre indiqué que les mesures spéciales inscrites à l'article 70 LPP font également partie des prestations légales.

74 Jurisprudence: Qualité pour recourir du Département fédéral de l'intérieur (DFI)

A propos de l'arrêt du TFA, du 19 décembre 1988, en la cause J.
(art. 73 LPP; 103, let. b, _32 OJ)

Le DFI a Qualité pour former un recours de droit administratif à l'encontre d'une décision rendue par un tribunal cantonal dans le domaine visé par l'article 73 LPP.

En effet il existe un intérêt public à ce que le régime obligatoire soit appliqué de façon uniforme et correcte.

75 LPP et droit pénal

(art. 76, 3e et 6e al. LPP)

Les dispositions pénales de la LPP ne figurent certes pas au cœur de la prévoyance professionnelle. Certains aspects du droit pénal sur lesquels sont fondés des cas d'application concrets peuvent toutefois présenter un intérêt particulier.

Ainsi, une autorité pénale a récemment fixé, dans une décision passée en force de chose jugée, que les infractions à la LPP tombant sous le coup du droit pénal sont des délits poursuivis d'office et non simplement des délits réprimés sur plainte. C'est pourquoi le retrait de la plainte pénale est restée sans effet dans le cas d'espèce. L'employeur inculpé a été condamné à une peine d'emprisonnement pour n'avoir pas transmis les cotisations des salariés à l'institution de prévoyance concernée - bien que lesdites cotisations eussent été transférées ultérieurement.

Ce jugement démontre que des infractions aux dispositions pénales de la LPP peuvent avoir des conséquences perceptibles pour leurs auteurs.

76 Divers

1. Examen de la légalité de la gestion dans les institutions collectives

(art. 53 LPP; art. 35 OPP 2)

La commission dite "commission de contrôle mixte selon l'article 53 LPP" a adopté, le 29 mars 1989, un rapport consacré au problème de "l'information immédiate de l'autorité de surveillance par l'organe de contrôle ou l'expert". L'OFAS salue ce rapport qui sera publié prochainement dans le "Schweizer Treuhänder" et le "Schweizer Personalvorsorge".

2. Attestation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

Les experts chargés d'examiner la légalité des institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle de l'OFAS, conformément à l'article 53, 2e alinéa, LPP, recevront prochainement de leur institution de prévoyance un questionnaire à remplir à l'intention de l'OFAS. Ce questionnaire, après avoir été rempli et signé par l'expert, devra être renvoyé dès que possible à l'OFAS, afin que la préparation de l'enregistrement définitif puisse se poursuivre rapidement.

3. Nouveau recueil des textes législatifs concernant la prévoyance professionnelle

Répondant à une demande générale, la Chancellerie fédérale vient de publier un recueil élargi des textes législatifs concernant la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Cette brochure d'environ 120 pages contient - outre des extraits de la Constitution fédérale, du Code civil et du Code des obligations - la LPP ainsi que toutes les ordonnances et règlements y relatifs mis

à jour au 1er janvier 1989. Elle est disponible dans les trois langues officielles et peut être commandée, pour le prix de 12 fr. 50, auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne.

4. Révision de la LPP

La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle poursuit l'examen des points de revision qui ont été soumis à son appréciation (cf. Bulletin No 9 du 5 mai 1988). De janvier à mai 1989, ce ne sont pas moins de quinze séances qui ont été tenues, tantôt par la commission pléniaire, tantôt par une sous-commission ou un groupe de travail. Les résultats sont encore fragmentaires et des discussions approfondies seront encore nécessaires avant que l'on puisse dégager une conception générale de la revision envisagée.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 13

du 13 novembre 1989

TABLE DES MATIERES

77 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1990

78 Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation

79 Jurisprudence: notion et évaluation de l'invalidité par les institutions de prévoyance

80 Adaptation des rentes LPP de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, au 1er janvier 1990; communication du taux d'adaptation

81 Modification de l'Ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" (OFG 2)

82 Les prestations légales de l'institution de prévoyance en cas d'insolvabilité

83 Taux de cotisation du fonds de garantie LPP pour 1990

84 La signification pour la prévoyance professionnelle des mesures d'urgence du droit foncier

85 L'octroi de prêts hypothécaires par les institutions de prévoyance en faveur de leurs assurés

86 Directives sur le placement pour les institutions de prévoyance non enregistrées

87 Encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance individuelle liée; adjonction d'un 3e alinéa à l'article 3, OPP 3

88 Obligation de l'employeur de renseigner ses salariés concernant la prévoyance professionnelle

89 Informations

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

77 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1990

(art. 2, 7, 8, 46, LPP, art. 7 OPP 3)

En date du 25 septembre 1989, le Conseil fédéral a adopté **l'Ordonnance 90 sur l'adaptation des montants-limites dans la prévoyance professionnelle** qui entrera en vigueur le 1er janvier 1990. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP habilite le Conseil fédéral à adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple de vieillesse AVS minimale. Comme la rente AVS mensuelle passera le 1er janvier 1990 de 750 à 800 francs, il s'agit de tenir compte de cette augmentation et d'adapter en conséquence les montants-limites dans la prévoyance professionnelle. Cette mesure a essentiellement pour but de poursuivre la coordination entre le premier et le deuxième pilier.

Les montants-limites s'élèveront dès le 1er janvier 1990 à:

a. Pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46, 1er al., LPP) 1	9'200 francs
- Déduction de coordination (art. 8, 1er al., LPP)	19'200 francs
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, 1er al., LPP)	57'600 francs
- D'où, salaire coordonné maximum	38'400 francs
- Salaire coordonné minimum (art. 8, 2e al., LPP)	2'400 francs

L'OFAS publie, comme déjà au cours des années précédentes, une table avec des exemples d'application pour les années 1990 et 1991, destinée au calcul de la bonification complémentaire unique en faveur de la génération d'entrée. Cette publication peut être obtenue dès novembre 1989 auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne.

b. Pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP 3 n'a subi aucune modification formelle, étant donné qu'elle exprime en pour-cent la déduction à laquelle le salarié a droit. La modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a ci-devant a pour effet d'augmenter comme suit, dès le 1er janvier 1990, les montants-limites supérieurs applicables dans la prévoyance individuelle liée (pilier 3a):

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 1, 1 er al., let. a, OPP 3) 4'608 francs

- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 1, 1er al., let. b, OPP 3) au maximum 20% du revenu, au plus 23'040 francs

78 Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation

(art. 11, 1 er et 3e al., LPP; art. 6, 3e al., OPP 1)

L'OFAS s'est déjà prononcé à plusieurs reprises sur le problème de la dissolution des contrats d'affiliation entre institutions de prévoyance et employeurs (cf. Bulletins no 3, ch. 24; no 5, ch. 30; no 1, ch. 36 et no 8 ch. 46). Dans la pratique, on dénote encore un besoin croissant de clarifier la situation juridique en cas de résiliation rétroactive du contrat d'affiliation entre l'employeur et l'institution de prévoyance. Le praticien aimerait en particulier savoir si et à quelles conditions l'institution de prévoyance - il s'agit normalement dans ce contexte d'institutions collectives - peut résilier rétroactivement de tels contrats. Il est tentant pour les institutions de prévoyance de recourir à la résiliation rétroactive de contrats en particulier dans les cas où l'employeur ne remplit pas ou remplit incorrectement ses engagements contractuels, spécialement lorsqu'il ne paye pas ou tardivement les cotisations dues selon l'article 66, 2e alinéa, LPP et qu'il occasionne de la sorte des frais plus élevés à l'institution.

La LPP ne renferme aucune prescription sur la résiliation du contrat d'affiliation qui lie l'institution de prévoyance et l'employeur. Il convient par conséquent d'appliquer les règles et les principes généraux du droit des obligations. La première question qui se pose à ce propos est de savoir sous quel type de contrat classer le contrat d'affiliation. Le problème de la résiliation du contrat se résolvera donc selon que le contrat a été classé sous l'un ou l'autre type (mandat, contrat commercial, etc.).

Au vu du sens et du but de la LPP, une certaine constance des conditions d'affiliation se justifie, ne serait-ce déjà que pour des considérations pratiques. A cet égard, le législateur a statué à l'article 11, 3e alinéa, LPP, que l'affiliation a lieu avec effet rétroactif. L'institution de prévoyance doit par conséquent aussi fournir ses prestations pour les périodes pendant lesquelles l'employeur occupait bien des salariés soumis à la LPP, mais ne s'était encore affilié pour eux à aucune institution de prévoyance, ni n'avait été affilié d'office à l'institution supplétive. L'on ne peut cependant nullement en déduire que la résiliation d'un contrat d'affiliation pourrait également avoir lieu rétroactivement. Il faut au contraire empêcher que l'employeur affilié à une institution de prévoyance ne se trouve placé, après coup, dans une situation de vide contractuel, ce qui obligerait l'institution supplétive, le cas échéant, de servir les prestations légalement dues.

Une limitation de la liberté de l'institution de prévoyance de résilier le contrat d'affiliation découle aussi du fait que, conformément à l'article 6, 3e alinéa, LPP 1, elle a dû déclarer, pour être enregistrée dans le registre de la prévoyance

professionnelle, "qu'elle accepte et qu'elle est d'emblée en mesure de tenir les comptes de vieillesse et de verser les prestations conformément à la LPP, ainsi que de prélever les cotisations nécessaires à cet effet." Ainsi, elle s'est engagée à garantir la prévoyance dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire pendant toute la durée du contrat d'affiliation. Elle ne peut par conséquent pas se libérer après coup de cette obligation.

Il n'est en particulier pas admissible que l'institution de prévoyance limite ses engagements en résiliant rétroactivement le contrat d'affiliation avec l'employeur dès qu'elle constate que celui-ci ne se conforme pas ou insuffisamment aux dispositions contractuelles ou légales. Elle doit bien plutôt, au besoin, engager les moyens de l'exécution forcée pour contraindre l'employeur à payer les contributions dues. Au pire des cas, il convient de demander contre l'employeur récalcitrant l'ouverture de la procédure de faillite ou d'une procédure analogue.

C'est dans cette optique que l'OFAS a édicté, en date du 1er juillet 1988, les directives à ce sujet pour les institutions inscrites dans son registre de la prévoyance professionnelle (cf. chiffre 111/11 desdites directives).

79 Jurisprudence: notion et évaluation de l'invalidité par les institutions de prévoyance

(Référence aux arrêts du TFA du 23 juin 1989 en la cause H. et S.)
(art. 6, 23, 24, 49, 2e al., LPP' art. 84 LAVS en corrélation avec l'art. 69 LAI, art. 76 RAI)

Dans les deux cas, le TFA statue sur la notion de l'invalidité et son évaluation par l'institution de prévoyance. Le TFA constate que la LPP ne définit pas la notion de l'invalidité, mais qu'elle renvoie. l'assurance-invalidité.

Dans le domaine de l'assurance **obligatoire** (donc dans le domaine où la rente d'invalidité se calcule d'après l'avoir de vieillesse à prendre en considération selon l'art. 24, 2e al., LPP), il existe un rapport étroit, voulu par le législateur, entre le droit à une rente de l'assurance-invalidité fédérale et celui à une rente du deuxième pilier. Il en découle une similitude fondamentale de la notion de l'invalidité dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle et dans celui de l'assurance-invalidité. On peut ainsi définir la notion d'invalidité comme la diminution permanente ou de longue durée résultant d'une atteinte à la santé assurée des possibilités de gain sur le marché du travail équilibré qui entre en ligne de compte pour l'intéressé. Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalide pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (art. 28, 2e al., LAI).

En revanche, dans le domaine de la prévoyance **plus étendue** il est loisible aux institutions de prévoyance, en vertu de l'autonomie qui leur est conférée par l'article 49, 2e alinéa, LPP, d'adopter dans leurs statuts et règlements une notion différente. Etant donné que la LPP ne détermine selon l'article 6 que les prestations minimales, les institutions de prévoyance peuvent également étendre à l'avantage de l'assuré la notion de l'invalidité dans l'assurance **obligatoire** ou verser des rentes d'invalidité

déjà pour un degré d'invalidité inférieur à 50 pour cent. Les institutions de prévoyance sont ainsi libres de choisir la notion d'invalidité dans ce cadre, elles doivent cependant s'en tenir à une application uniforme de cette notion, elles doivent, notamment lors de l'interprétation, se fonder sur ce que cette notion recouvre dans les autres secteurs des assurances sociales.

Si une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'assurance-invalidité, elle est liée par l'évaluation de l'invalidité par les organes de cette assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable.

La situation diffère lorsque les institutions de prévoyance appliquent une autre notion de l'invalidité que celle de l'assurance-invalidité. Dans ce cas, il se justifie de procéder à une instruction indépendante. Dans des cas isolés, les institutions de prévoyance peuvent bien se fonder sur les résultats des instructions de la commission AI (enquêtes médicale et économique); elles ne sont cependant pas liées par le prononcé de cette commission, vu que celui-ci repose sur d'autres critères.

Il ressort de ce qui précède que les décisions des caisses de compensation portant sur les prestations sous forme de rentes de l'assurance-invalidité jouent un rôle important pour l'institution de prévoyance. Il n'y a pas lieu de trancher et l'on peut laisser ouverte la question de savoir si les institutions de prévoyance disposent, en vertu de l'article 84 LAVS en corrélation avec l'article 69 LAI, d'un droit autonome de recours contre les décisions de rentes des caisses de compensation ou s'il faut leur adresser d'office une décision comme le prévoit l'article 76 RAI pour les assureurs-accidents, l'assurance-militaire et les caisses-maladie.

80 Adaptation des rentes LPP de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, au 1er janvier 1990; communication du taux d'adaptation

(art. 36 LPP; Ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix)

Conformément à l'article 36 LPP et à l'ordonnance y relative du 16 septembre 1987, l'adaptation des rentes au renchérissement a lieu en deux temps: Dans une première phase, les rentes sont adaptées au renchérissement, la première fois, après un délai de 3 ans. Ensuite, dans une seconde phase, toutes les adaptations subséquentes ont lieu en même temps que celles de l'assurance-accidents (voir à ce sujet les Bulletins nos 5, ch. 32 et 11, ch. 61).

Première adaptation

Les rentes qui ont pris naissance dans le courant de l'année 1986 (classe d'âge 1986) doivent être adaptées pour la première fois au 1er janvier 1990.

Le taux d'adaptation s'élève à 7,2 pour cent.

Adaptation subséquente

Les rentes qui ont pris naissance dans l'année 1985 (classe d'âge 1985) et ont été adaptées pour la première fois le 1er janvier 1989, devront être réadaptées au 1er janvier 1990.
Le taux d'adaptation s'élève, pour cette adaptation subséquente, à 3,4 pour cent.

Exemple

Classe d'âge 1985: montant mensuel de la rente:	Fr. 500.00
1ère adaptation au 1.1.1989: 4,3% (cf. no 11;ch. 61):	Fr. 521.50
Adaptation subséquente au 1.1.1990: 3,4%:	Fr. 539.20

81 Modification de l'Ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" (OFG 2)

(art. 56, 1er al., let. b, LPP et art. 7, 3e al., OFG 2)

En date du 25 septembre 1989, le Conseil fédéral a arrêté une modification de l'article 7, 3e alinéa, de l'Ordonnance sur l'administration du fonds de garantie LPP (OFG 2) du 7 mai 1986, qui entre immédiatement en vigueur. Le fonds de garantie LPP doit entre autres garantir les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance enregistrée ne dispose pas des moyens lui permettant de remplir ses engagements légaux. Jusqu'à présent, l'autorité de surveillance devait confirmer à l'intention du fonds de garantie, outre l'ouverture d'une procédure de liquidation, de faillite ou d'une procédure analogue dirigée contre l'institution de prévoyance, également l'ouverture d'une telle procédure dirigée contre un employeur ou une association affiliés à cette institution de prévoyance. Avec la modification de l'ordonnance, l'autorité de surveillance ne confirmera désormais (par souci de simplification administrative) plus que l'ouverture d'une procédure de liquidation dirigée contre l'institution de prévoyance elle-même. Dans tous les autres cas, l'institution de prévoyance n'a besoin d'aucune confirmation de l'autorité de surveillance pour faire valoir ses droits contre le fonds de garantie LPP. Par conséquent, l'institution de prévoyance demandant la garantie fournira elle-même la preuve que la procédure de faillite a été ouverte contre l'employeur affilié.

82 Les prestations légales de l'institution de prévoyance en cas d'insolvabilité

(art. 56, 1er al., let. b, LPP en corrélation avec l'art. 7,2e al., OFG 2)

Une institution de prévoyance enregistrée doit s'acquitter de ses engagements en matière de prestations indépendamment des obligations du fonds de garantie. Lorsqu'une prestation légale de prévoyance ou de libre passage est échue, l'ayant-droit **peut** réclamer la prestation et le débiteur, c.-à-d. l'institution de prévoyance, **doit** la fournir. Ce faisant, il est sans importance de savoir si, dans le cas concret, le fonds de garantie est tenu à garantir ladite prestation.

Malencontreusement, le Tribunal des assurances du canton de Vaud a statué à ce sujet, il y a une année environ, dans un sens opposé. Ce jugement n'a pas été attaqué et a donc acquis force de chose jugée. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, il serait cependant nécessaire que cette interprétation contestable soit rectifiée à la prochaine occasion.

Entre l'obligation de l'institution de prévoyance de fournir une prestation obligatoire en faveur de l'assuré et l'obligation du fonds de garantir de fournir des prestations envers cette institution de prévoyance, seule une certaine harmonisation des modalités de paiement pourrait être nécessaire. Nonobstant l'obligation du fonds de garantie de fournir les prestations en vertu de l'article 56, 1er alinéa, lettre b, LPP, l'institution de prévoyance - dans la plupart des cas il s'agit d'institutions de prévoyance dites collectives - doit fournir ponctuellement et entièrement ses prestations en faveur du bénéficiaire ou de l'assuré. Il n'est pas admissible d'émettre une réserve dans la perspective d'une éventuelle prestation du fonds de garantie.

83 Taux de cotisation du fonds de garantie LPP pour 1990

(art. 59, LPP; art. 4 OFG 2)

Le conseil de fondation du fonds de garantie LPP a, pour l'année 1990, ramené de 2 pour mille à 0,4 pour mille de la somme des salaires coordonnés le taux de la cotisation due par les institutions de prévoyance enregistrées. Le Conseil fédéral a approuvé, en date du 2 octobre 1989, ce nouveau taux de cotisation.

Cette modification est fondée sur le fait qu'en 1988 la fortune du fonds de garantie a atteint près de 100 millions de francs, ce qui dépasse de loin la mesure appropriée à la réserve du fonds de garantie. Le fonds de garantie reposant sur le système de la répartition des dépenses et non sur celui de la capitalisation, une adaptation s'est révélée nécessaire. Selon les calculs de l'organe de direction du fonds de garantie, le nouveau taux de cotisation devrait permettre de financer les futures dépenses prévisibles du fonds.

84 La signification pour la prévoyance professionnelle des mesures d'urgence du droit foncier

(en relation avec l'art. 71, 1er al., LPP, art. 49 s. OPP 2)

Au cours de la dernière session d'automne, les Chambres fédérales ont adopté différentes mesures d'urgence du droit foncier dont une partie revêt une très grande importance pour la prévoyance professionnelle. Toutefois, l'arrêté fédéral sur l'embargo et l'arrêté fédéral sur la limite de la mise en gage ne concerneront, en général, les institutions de prévoyance que dans une mesure moindre, étant donné qu'ils doivent servir pour l'essentiel à endiguer la spéculation considérée comme indésirable au niveau de l'économie nationale. Quant au Conseil fédéral et au Parlement, ils ne considèrent pas, eux non plus, que cette mesure s'adresse véritablement aux institutions de prévoyance. L'arrêté fédéral sur l'embargo prévoit en particulier que les fusions et les dissolutions (également les dissolutions partielles) ou les transformations d'institutions de prévoyance sont exceptées de l'embargo d'aliéner. L'arrêté fédéral sur la limite de la mise en gage tient compte d'une manière adéquate des demandes visant à encourager la propriété du logement.

En revanche, le troisième des arrêtés fédéraux, celui concernant les prescriptions en matière de placement, vise directement les institutions de la prévoyance professionnelle et les institutions d'assurances. Il devrait avant tout permettre de contrer la collectivisation croissante des propriétés foncières et la demande en terrains des investisseurs dits institutionnels. Les caisses de retraite et les institutions d'assurance sur la vie ne pourront à l'avenir placer dans les biens fonciers plus que le 30 pour cent de leur fortune. Ce faisant, on doit, lors de l'acquisition d'un immeuble, comparer l'avoir en biens fonciers avec leur valeur réelle.

L'Office fédéral des assurances sociales publiera en collaboration avec l'Office fédéral des assurances privées et l'Office fédéral de justice à fin novembre 1989 des directives communes concernant l'application de l'Arrêté fédéral concernant des dispositions en matière de placement et l'Ordonnance concernant l'évaluation des immeubles. Ces directives peuvent être obtenues dès cette date auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne.

85 L'octroi de prêts hypothécaires par les institutions de prévoyance en faveur de leurs assurés

(art. 71, 1er aL, LPP et art. 54, let. b, OPP 2)

L'octroi de prêts hypothécaires par les institutions de prévoyance à leurs assurés revêt une importance toute particulière à une période où les prix des terrains et les taux hypothécaires augmentent.

Ce sont non seulement les institutions prévoyance de droit privé, mais aussi la Caisse fédérale d'assurance qui octroie à ses assurés - conformément à l'ordonnance du 28 juin 1989 – des prêts pour financer la propriété d'un logement pour leurs propres besoins. Le taux d'intérêt est sensiblement inférieur au taux d'intérêt hypothécaire usuel et apporte ainsi une aide appréciable au financement de la propriété du logement. Cette mesure favorable sous l'aspect de l'encouragement de la propriété du logement soulève cependant quelques questions d'ordre général qui ne peuvent qu'être esquissées sommairement ci-après.

- Se pose tout d'abord le problème de l'égalité de traitement des assurés d'une institution de prévoyance, un principe qu'il y a lieu d'observer non seulement pour les fondations de prévoyance du personnel, mais aussi pour toutes les autres institutions de prévoyance, en particulier aussi pour celles de droit public. Même si aucun assurés ne doit s'attendre, en raison de l'octroi de prêts hypothécaires particulièrement avantageux, à une diminution de ses prestations ou à une augmentation de ses cotisations, il faut bien reconnaître que les assurés qui sont propriétaires d'un logement ont pour cette seule raison droit à une prestation supplémentaire par rapport aux autres assurés. Il se pose par conséquent du point de vue de l'égalité de traitement la question de savoir si les assurés qui sont locataires de leur appartement ne devraient pas eux aussi bénéficier d'une prestation supplémentaire équivalente. Sa forme et son contenu seraient fonction des circonstances du moment. Par ailleurs, si les assurés n'encourent aucune perte de leurs prestations ou augmentation de leurs cotisations cela tient uniquement au fait que l'employeur est en mesure de couvrir financièrement avec une sécurité suffisante toute perte ou déficit éventuels. Il n'y a pas de doute que tel est par exemple le cas lorsque l'employeur est la Confédération.

- Il convient en outre de constater que la Caisse fédérale d'assurance peut accorder des prêts allant jusqu'au 90% du coût de la construction ou du prix d'acquisition. A ce propos, la remarque a été faite que l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité(OPP 2) n'admet qu'un nantissement jusqu'à concurrence de 80 % de la **valeur vénale**. On peut remarquer à ce sujet qu'un nantissement allant jusqu'à 90 % du **coût de la construction ou du prix d'acquisition** pourrait rapidement se situer dans le cadre de la limitation admise de 80 % de la valeur vénale en raison de la forte progression de la valeur de l'immeuble qui ne manque pas d'intervenir, comme l'expérience le montre, à brève échéance. Le problème du dépassement de la limite de nantissement selon l'article 54, lettre b, OPP 2, est ainsi en général de courte durée. Sa portée est en outre considérablement atténuée si l'on a en vue le mandat donné à la Confédération d'encourager la propriété du logement au sens de l'article 34quater, 6e alinéa, de la Constitution fédérale.

86 Directives sur le placement pour les institutions de prévoyance non enregistrées

(art. 71, 1er al., LPP et art. 84, 2e al., CCS)

L'Office fédéral des assurances sociales surveille, outre les institutions de prévoyance inscrites dans son registre de la prévoyance professionnelle, aussi les institutions de prévoyance qui déploient leur activité dans toute la Suisse ou au niveau international, mais qui n'appliquent pas le régime obligatoire de la LPP et ne sont par conséquent pas enregistrées. Il se pose la question de savoir quelles sont les directives à observer pour le placement de la fortune de ces institutions. Les prescriptions contenues aux articles 48 s. OPP 2 ne régissent en principe que les institutions de prévoyance enregistrées, qui peuvent soit se borner à appliquer le régime obligatoire soit appliquer également la prévoyance professionnelle plus étendue. Conformément à l'article 56, 1er alinéa, OPP 2, ces prescriptions s'appliquent aussi aux fondations de placement.

L'OFAS considère qu'il se justifie quant au fond d'appliquer également aux institutions de prévoyance non enregistrées les principes stipulés à l'article 71, 1er alinéa, LPP. Selon ces principes, ces institutions doivent administrer et placer, elles aussi, leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements et la couverture des besoins prévisibles de liquidités. Dès lors, les directives de placement fixées pour les institutions enregistrées doivent être également observées par les institutions non enregistrées. Cependant, dans l'application de la clause d'exception prévue à l'article 59 OPP 2, les institutions non enregistrées peuvent bénéficier d'une pratique plus large que les institutions enregistrées. Qu'est-ce que cela signifie concrètement?

Cela peut signifier que l'on permettra par exemple aux institutions de prévoyance non enregistrées de placer, en vue de diversifier leurs placements, une certaine part de leur fortune dans l'or ou dans d'autres métaux précieux cotés en bourse pour lesquels il existe un marché liquide. Cette possibilité de placement ne devrait toutefois être admise que dans la mesure où ces institutions disposent d'une fortune dite "non liée". Les placements en or ou autres métaux précieux ne doivent pas en outre être supérieurs à 5% de la fortune totale de l'institution de prévoyance

concernée au sens de l'article 49 OPP 2. En sus de l'or, on peut considérer comme métaux précieux admis l'argent, le platine et le palladium, du fait que ces métaux sont négociés aux bourses officielles et qu'ils ont par conséquent un cours publié. On peut ainsi calculer leur valeur et en estimer l'évolution.

87 Encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance individuelle liée; adjonction d'un 3e alinéa à l'article 3, OPP 3

(art. 82 LPP; art. 3, 3e al., OPP 3)

Aux termes de l'article 34quater, 6e alinéa, de la Constitution fédérale (cst.), la Confédération, en collaboration avec les cantons, encourage la prévoyance individuelle, notamment par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accession à la propriété. En vertu de cette disposition, les salariés et les indépendants peuvent également, selon l'article 82, 1er alinéa, LPP, déduire les cotisations affectées exclusivement et irrévocablement à d'autres formes reconnues de prévoyance assimilées à la prévoyance professionnelle. L'article 82, 2e alinéa, LPP habilite le Conseil fédéral à déterminer, avec la collaboration des cantons, d'autres formes de prévoyance donnant droit à des déductions fiscales.

Depuis longtemps, déjà, il est question de développer les mesures visant à encourager l'accession à la propriété du logement en élargissant la prévoyance individuelle liée, privilégiée sur le plan fiscal (pilier 3a). A cet effet, un groupe de travail de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a cherché, en collaboration avec des représentants des cantons, en particulier avec la Conférence des directeurs cantonaux des finances, des moyens permettant de régler l'encouragement de l'accession à la propriété du logement dans le cadre du pilier 3a en tenant compte le mieux possible aussi bien des intérêts des assurés que de ceux du fisc. Un premier projet mis en consultation en 1987 n'a pas trouvé grâce auprès des cantons. Ceux-ci ont invoqué avant tout la violation de certains principes de droit fiscal. En outre, ils craignaient que les possibilités prévues dans ce projet n'entraînent des pertes de recettes fiscales excessives et signalaient la charge administrative par trop lourde qui résulterait des contrôles nécessaires. En revanche, les partis et les autres organisations intéressées ont pour la plupart accueilli favorablement ledit projet.

A la lumière du résultat de cette consultation, un nouveau groupe de travail, comprenant des représentants de la Confédération et des cantons, a élaboré, à partir de données incontestées, une réglementation d'une très grande simplicité. Le groupe de travail a estimé qu'il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle ordonnance sur l'encouragement de la propriété du logement au moyen du pilier 3a, mais qu'il y a lieu d'intégrer la réglementation requise dans l'OPP 3, déjà en vigueur. Il a proposé donc de modifier l'article 3 OPP 3 par un nouvel alinéa et d'ajouter ainsi un motif supplémentaire de versement anticipé à ceux qui sont déjà prévus actuellement.

En édictant l'Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3), le Conseil fédéral a créé la possibilité de déduire des impôts, jusqu'à un certain montant, les cotisations versées à titre de prévoyance à une fondation

bancaire ou à un établissement d'assurance. (Cotisations maximales dès le 1.1.1990, voir chiffre 77 ci-devant).

La nouvelle disposition à l'article 3, 3e alinéa, OPP 3, a la teneur suivante:

"La prestation de vieillesse peut (...) être versée (...) lorsque le rapport de prévoyance est résilié ou modifié afin de permettre au preneur de prévoyance d'en affecter le montant à l'acquisition de la propriété d'un logement pour ses propres besoins, ou à l'amortissement d'un prêt hypothécaire grevant son logement. Un tel versement ne peut en principe avoir lieu qu'une seule fois pendant toute la carrière professionnelle de l'assuré. Un versement supplémentaire est cependant autorisé lorsque le preneur de prévoyance acquiert la propriété d'un autre logement pour ses propres besoins en lieu et place de celui dont il était jusqu'alors propriétaire. Les notions de propriété du logement et de propres besoins sont définies aux articles 3 et 4 de l'ordonnance du 7 mai 1986 réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse".

L'**idée de base** de cette disposition est de régler d'une manière aussi simple que possible l'encouragement de l'accession à la propriété du logement et de l'inscrire dans le cadre de l'ordonnance existante. En partant des possibilités du versement anticipé des prestations on prévoit celui-ci non seulement dans les cas fixés actuellement (départ à l'étranger, commencement d'une activité lucrative indépendante, etc.) mais également dans le cas de l'acquisition d'un logement destiné à l'usage propre. Le capital épargné au moyen de la prévoyance individuelle liée doit pouvoir être utilisé pour acquérir un logement en propriété ou pour amortir les prêts hypothécaires le grevant. Cette possibilité n'est offerte en principe qu'une seule fois. Le versement anticipé de la prestation s'accompagne de l'imposition fiscale mais selon un régime privilégié.

En ce qui concerne la **fréquence** des versements pour la propriété du logement à l'usage propre de l'assuré, on ne peut discerner du point de vue de la prévoyance individuelle liée aucun motif valable pour limiter ce paiement - comme prévu à l'origine - à la moitié du capital économisé au moyen du pilier 3a. En effet, si l'on institue l'encouragement de la propriété du logement comme une forme particulière de prévoyance au sens de l'article 34quater, 6e alinéa, cst., une telle restriction ne saurait se justifier.

Pour ce qui est du **caractère unique** du versement, cette restriction doit permettre d'éviter des abus. Ceux-ci pourraient notamment apparaître lorsque l'assuré amortit sa dette hypothécaire par des fonds de la prévoyance individuelle liée, pour contracter ensuite une nouvelle dette de ce genre qu'il amortit de nouveau par des fonds du pilier 3a, et ainsi de suite, de sorte qu'il n'aurait recours au pilier 3a que pour échapper à l'impôt. D'un autre côté, il faut veiller à ne pas adopter une réglementation trop sévère par rapport au but visé (lutte contre les abus) et à faire dans une certaine mesure confiance au preneur de prévoyance quant à l'affectation conforme au but de ses avoirs de vieillesse perçus par anticipation. Le Conseil fédéral a donc adopté une réglementation permettant de faire échec aux tentatives

d'échapper purement et simplement à l'impôt, dans contrecarrer le besoin légitime de pouvoir acquérir à plus d’une reprise, au cours d'une carrière professionnelle, un logement en propriété.

C'est pourquoi le principe de l'unicité du versement anticipé de la prestation a été maintenu, mais sans que soit exclu un nouveau versement anticipé, à condition qu'il soit matériellement justifié. Prenons le cas d'un assuré, débiteur d'un gage immobilier qui, après avoir obtenu le versement anticipé de son capital accumulé à titre du pilier 3a, et l'avoir utilisé pour acquérir son propre logement, revend ensuite celui-ci, par exemple en raison d'un déplacement de son lieu de travail. Si par la suite il désire acheter de nouveau un logement à son nouveau domicile, il serait choquant de l'empêcher d'utiliser à cette fin les fonds épargnés entre-temps dans le cadre du pilier 3a, et cela pour la seule raison qu'il aurait déjà fait usage en son temps de cette possibilité. Une dérogation au principe du versement unique de la prestation anticipée est donc matériellement justifiée et nécessaire, en particulier en raison de l'accroissement actuel de la mobilité.

Tout comme ce qui concerne les autres conditions du versement anticipé au sens de l'article 3, 2e alinéa, OPP 3, c'est l'assuré qui doit prouver qu'il utilisera les fonds accumulés à seule fin d'acquérir un logement destiné à son propre usage. Il n'est par conséquent pas nécessaire, dans ce contexte, de répéter expressément cette obligation.

Le fait de toucher une prestation anticipée peut conduire à la dissolution du rapport de prévoyance. Toutefois, il est aussi possible de simplement modifier celui-ci, par exemple en ne touchant qu'une partie du capital et en continuant le contrat sur la base d'une quote-part d'épargne réduite dans le cadre d'un contrat ou d'une convention de prévoyance (cf. art. 1, al. 1-3, OPP 3).

Un des motifs du versement anticipé de prestations est donc l'acquisition d'un logement par l'assuré pour ses propres besoins. La notion de "propres besoins" est définie à l'Ordonnance du 7 mai 1986 réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse. Selon cette disposition, "propres besoins" désigne l'usage au domicile de l'assuré lui-même, de son conjoint ou de ses proches parents. La notion de "proches parents" est définie à l'article 267 c, lettre c, CO.

Lorsque la fondation bancaire ou l'établissement d'assurance est saisi d'une demande de prestation anticipée de l'assuré, l'institution concernée doit exiger la preuve que celui-ci utilise effectivement l'argent pour acquérir un tel logement. A cet effet, la fondation bancaire ou l'établissement d'assurance demandera que l'assuré lui fournisse les pièces justificatives nécessaires telles que contrat d'achat, projet y afférent, contrat de prêt, etc.

Un autre motif justifiant la prestation anticipée peut être l'amortissement de prêts hypothécaires en cours sur la propriété du logement destiné à l'usage personnel. Ainsi, le nombre de personnes bénéficiant de la prévoyance individuelle liée va probablement augmenter, ce qui favorise le but politico-social consistant à faire bénéficier de la prévoyance individuelle liée le plus large public possible.

La mise au bénéfice d'une prestation anticipée aura en outre pour effet, dans de nombreux cas, de déclencher l'imposition plut tôt que d'habitude. Conformément à l'article 40 de l'Arrêté concernant l'impôt fédéral direct, la prestation anticipée doit être imposée séparément du revenu et, en plus, au taux fiscal applicable aux rentes. Des règles d'imposition semblables existent dans de nombreux cantons, elles sont cependant plus strictes que celles de la Confédération.

L'entrée en vigueur de la nouvelle disposition de l'ordonnance nécessite, dans certains cantons, une adaptation de leur propre législation fiscale. Une enquête auprès des cantons ayant révélé que cette adaptation peut être réalisée pour le 1er janvier 1990, la modification de l'ordonnance a été mise en vigueur pour cette date.

88 Obligation de l'employeur de renseigner ses salariés concernant la prévoyance professionnelle

(art. 331, 4e al., CO, en relation avec les art. 73 LPP et 89bis, 6e al., CCS)

Conformément à l'article 331, 4e alinéa, CO, l'employeur doit renseigner le salarié sur ses droits envers une institution de prévoyance. Récemment, un employeur n'a daigné désigner à son salarié l'institution de prévoyance auprès de laquelle il pouvait faire valoir son droit à une prestation de libre passage que lorsque celui-ci eut intenté action conformément à l'article 73 LPP auprès du tribunal des assurances. Bien que le salarié ait retiré son action au cours de la procédure cantonale, le tribunal des assurances a mis à charge de l'employeur les frais de procédure ainsi que l'obligation de payer des dépens au salarié. Il a en effet considéré le comportement de l'employeur comme téméraire, celui-ci ayant provoqué à dessein la procédure judiciaire. Ce jugement souligne une fois de plus l'importance que les autorités accordent à l'obligation de renseigner de l'employeur.

89 Informations

La **Loi fédérale sur le droit privé international** (LDPI) est entrée en vigueur le 1er janvier 1989. Cette loi jouera un rôle non négligeable pour la prévoyance professionnelle, vu l'accroissement de l'internationalisation des conditions de travail et de prévoyance.

Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et de sa sous-commission "prestations"

La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a siégé le 28 juin sous la présidence de M. C. Crevoisier, à l'époque directeur-suppléant de l'OFAS, ainsi que le 6 juillet pour la première fois sous la présidence de M. W. Seiler, le nouveau directeur de l'office fédéral. Après une discussion générale du programme d'urgence du droit foncier, notamment des mesures prévues quant aux prescriptions en matière de placement pour les institutions de la prévoyance professionnelle, la commission a abordé les points de révision suivants: déduction de coordination, échelonnement des bonifications de vieillesse, situation des travailleurs à temps partiel et des salariés âgés sur le marché du travail, génération d'entrée, adaptation des prestations à l'évolution des prix et des salaires, introduction du quart de rente d'invalidité comparable à celui de l'AI et d'autres problèmes concernant l'invalidité, paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée, application de la garantie-insolvabilité du fonds de garantie à la prévoyance plus

étendue, divers problèmes relatifs aux institutions collectives et communes, réalisation de la gestion paritaire, remboursement des frais administratifs de l'institution supplétive, prescriptions ayant trait au placement de la fortune, utilisation des fonds de prévoyance non réclamés sur des polices et comptes de libre passage ainsi que le rapport sur les simplifications administratives. Si l'on y ajoute les points de révision traités lors des séances antérieures, la commission a ainsi terminé son tour d'horizon des problèmes principaux, ce qui permet de passer à une nouvelle phase des travaux de révision. Finalement, la commission a examiné la question de l'adaptation des montants-limites dans la prévoyance professionnelle en vue du relèvement des rentes AVS prévu au 1er janvier 1990.

La 12e séance de la sous-commission "prestations" de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle s'est déroulée le 26 septembre sous la présidence de M. H. Walser, docteur en droit. Cette sous-commission s'est avant tout penchée sur les problèmes de détail concernant l'adaptation des rentes de vieillesse au renchérissement et a étudié différents modèles y afférents.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 14

du 30 novembre 1989

Numéro spécial

L'arrêté fédéral concernant des dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance ainsi que l'ordonnance concernant l'évaluation des immeubles des institutions de prévoyance professionnelle et des institutions d'assurance ont été abrogés le 27 mars 1991 (cf. également BPP N° 18, ch. 110).

89.1072

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 15

du 9 janvier 1990

TABLE DES MATIERES

91 Assujettissement des requérants d'asile à la LPP

92 Jurisprudence: transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution

93 Taux de cotisation du Fonds de garantie LPP pour les années 1989 et 1990

94 Enregistrement définitif des institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

91 Assujettissement des requérants d'asile à la LPP

(art. 2, 5, 7 LPP; art. 1er OPP 2)

Ces derniers temps, on nous demande souvent si les requérants d'asile sont également soumis à l'assurance obligatoire bien qu'il ne soit pas sûr lors de leur prise d'emploi que leur demande d'asile reçoive une réponse positive.

Les salariés sont en principe soumis à la LPP dans la mesure où ils le sont à l'AVS et s'ils remplissent les conditions d'âge et de salaire (état 1.1.1990: 19'200 francs, soit 1'600 francs par mois; articles 2, 5, 7 LPP et article 1er OPP 2). Lorsqu'un requérant d'asile remplit ces conditions, il est ainsi automatiquement soumis à la LPP. Il ne se justifierait pas que les requérants d'asile soient traités différemment des autres salariés pour ce qui a trait à la protection sociale du régime de prévoyance minimale LPP. Dans le secteur de l'assurance obligatoire, le législateur voulait accorder à tous les salariés qui remplissent les conditions d'assujettissement une protection satisfaisante.

Ainsi lorsque les conditions légales sont remplies, le requérant d'asile est automatiquement assuré, même lorsqu'il n'a pas encore été annoncé à l'institution de prévoyance. Il n'est de ce fait pas possible de retarder l'annonce jusqu'à ce que l'asile soit accordé et de n'admettre la personne concernée qu'après coup, rétroactivement, dans l'institution de prévoyance.

92 Jurisprudence: transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution

(Référence à un arrêt du TFA du 18 mai 1989 en la cause St.)
(art. 29, 49 LPP; art. 2, 13 OMPLP; art. 331c CO)

St. passa en date du 1er janvier 1987 d'une institution de prévoyance à une autre. Conformément aux statuts il se racheta dans la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à sa 30e année. La somme de rachat était toutefois inférieure à la prestation de libre passage fournie par l'ancienne institution de prévoyance. St. demanda que soit constitué un compte de libre passage en sa faveur pour le montant du capital non requis par le rachat. La nouvelle caisse refusa d'accéder à cette demande.

Il y lieu de confirmer, dans le cadre de l'assurance obligatoire LPP, l'obligation de transférer la prestation de libre passage selon l'article 29, 1er alinéa, LPP à la nouvelle institution de prévoyance. Cela ressort d'une part de l'article 29, 3e alinéa, LPP, que le maintien de la prévoyance ne peut être garanti au moyen d'une police de libre passage ou par une forme équivalente, que si ledit montant ne peut être transféré à une nouvelle institution de prévoyance ni laissé auprès de l'ancienne. Le transfert des prestations de libre passage répond ainsi, également, aux exigences de la protection fournie par la prévoyance obligatoire minimale (cf. à ce propos le Bulletin no 3, ch.m. 18). Pour les institutions de prévoyance dont les prestations sont supérieures à celles de la prévoyance minimale LPP ("caisses enveloppantes") c'est l'unique façon de prouver que leurs prestations correspondent en tout temps à celles de la prévoyance obligatoire LPP.

Dans le domaine de la **prévoyance plus étendue**, le transfert de la prestation de libre passage dans la nouvelle institution de prévoyance procède des mêmes réflexions que pour le secteur de l'assurance obligatoire (cf. Bulletin no 3, ch. m. 18).

Lorsque la prestation de libre passage pré-, sur- et sous-obligatoire versée à l'assuré par la dernière institution de prévoyance ne peut être utilisée conformément au règlement de la nouvelle institution de prévoyance pour le maintien de sa prévoyance professionnelle étendue, l'assuré peut affecter cette part excédentaire de la prestation de libre passage en choisissant l'une des possibilités que la loi prévoit pour le maintien de la prévoyance. L'institution de prévoyance ne peut lui refuser ce droit en argumentant qu'elle peut adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui lui conviennent (art. 49, 1er al., LPP). Le tribunal relève que l'institution de prévoyance est tenue, de par la Constitution, au respect du droit à l'égalité, à l'interdiction de l'arbitraire et au principe de la proportionnalité. En particulier, elle ne peut limiter les droits des assurés que dans la mesure objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle. Le tribunal considère dès lors comme une limitation injustifiée que l'institution de prévoyance prive l'assuré, comme dans le cas présent, des possibilités que la loi lui offre pour maintenir la prévoyance.

93 Taux de cotisation du Fonds de garantie LPP pour les années 1989 et 1990

(art. 59 LPP et 4 OFG 2)

Comme cela a déjà été annoncé dans le Bulletin No 13, du 13 novembre 1989 (ch. marg. 83), le taux de la cotisation due par les institutions de prévoyance enregistrées au Fonds de garantie passera en 1990 de 2 pour mille à 0,4 pour mille, selon décision d'approbation du Conseil fédéral du 2 octobre 1989.

Il convient toutefois de préciser, afin d'éviter tout malentendu, que les effets de cette décision ne se feront sentir qu'en 1991, c'est-à-dire au moment où le Fonds de garantie percevra la cotisation due pour 1990. En revanche, la cotisation due pour 1989, qui sera perçue en 1990, sera encore calculée sur la base de l'ancien taux.

94 Enregistrement définitif des institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS

En fin d'année, l'OFAS a procédé à l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance qui n'étaient encore inscrites que provisoirement dans son registre de la prévoyance professionnelle, et cela pour autant que les documents nécessaires (tels que règlements, rapport de contrôle et attestation de l'expert) lui sont parvenus en temps utile.

Le passage de l'enregistrement provisoire à l'enregistrement définitif n'entraîne aucune modification juridique importante pour les institutions de prévoyance. Pour être provisoirement enregistrées, celles-ci avaient déjà dû déclarer qu'elles acceptaient et étaient d'emblée en mesure de tenir les comptes de vieillesse et de verser les prestations conformément à la LPP, ainsi que de prélever les cotisations

nécessaires à cet effet. Dans le cadre de l'enregistrement provisoire, elles étaient déjà tenues de réaliser la gestion paritaire et de désigner un organe de contrôle. L'enregistrement définitif ne modifie en rien ces obligations fondamentales.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 16

du 28 septembre 1990

TABLE DES MATIERES

95 Les répercussions de l'AFDP sur les dispositions en matière de placement de l'OPP 2

96 Dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance conformément à l'AFDP; parts à un patrimoine spécial "immeubles" des fondations de placement

97 Bourses négociant les "Options et Futures"

98 Admissibilité des swaps du taux d'intérêt (opérations change des intérêts) dans le cadre du placement de la fortune de prévoyance

99 Securities Lending

100 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance et de l'assurance-accidents obligatoire

101 Approbation du droit cantonal par le Conseil fédéral conformément au 3e alinéa de l'article 97 LPP

102 Informations (plus actuelles)
- Pro domo

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

95 Les répercussions de l'AFDP sur les dispositions en matière de placement de l'OPP 2

(Art. 71 LPP et art. 49 à 60 OPP 2)

Le champ d'application de l'Arrêté fédéral du 6 octobre 1989 concernant des dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance (AFDP) s'étend non seulement aux sociétés d'assurance sur la vie, mais aussi - à quelques exceptions près - aux institutions de la prévoyance professionnelle, indépendamment de leur forme juridique ou organisationnelle (cf. art. 1er, 2e al., AFDP). Cet arrêté fédéral a rendu caduques, non pas quant à la forme, mais quant au fond, avec effet au 7 octobre 1989, différentes dispositions de l'OPP 2 concernant le placement de la fortune; cependant en raison de la validité limitée de l'arrêté fédéral elles ne le sont que jusqu'à la fin de l'année 1994. Toutefois, jusqu'à cette date les dispositions de l'AFDP et celles y afférentes de l'Ordonnance d'exécution (OEI) déploient leur pleine validité.

Les points principaux des dispositions de l'AFDP sont

- la réduction de 50 % à 30 % de la limite pour le placement de la fortune en immeubles suisses,

- la création de la possibilité de placer jusqu'à 5 % de la fortune en immeubles étrangers,

- l'augmentation de 10 % à 25 % de la limite admise pour le placement en papiers-valeurs (tels que, entre autres, les actions) de sociétés dont le siège est en Suisse.

Conformément à ces modifications on a également fixé une nouvelle limite globale à l'article 4 AFDP.

La réduction susmentionnée de la limite maximale pour le placement de la fortune en immeubles suisses de 50 à 30 pour cent n'implique cependant pas que les institutions qui, en évaluant leurs immeubles à la valeur effective selon la méthode prescrite, dépassent la nouvelle limitation en matière de placement, doivent aliénér des immeubles ou acquérir d'autres actifs pour maintenir la limitation admise. L'arrêté fédéral urgent en matière de droit foncier ne doit pas contraindre les institutions concernées à vendre, mais uniquement à stopper leur progression.

En dehors de ces modifications, il faut mentionner comme point important l'obligation des institutions de calculer la valeur effective de leur fortune, lorsqu'elles envisagent d'acquérir des immeubles ou des participations à des sociétés immobilières ou à des institutions de placement immobilier (cf. art. 5 AFDP).

Pour ce qui a trait à l'application correcte de ces dispositions nous renvoyons au guide publié par l'OFAS en novembre 1989 et aux explications contenues dans "Droit foncier urgent, manuel concernant les arrêtés fédéraux du droit foncier de portée limitée", édition Finanz und Wirtschaft AG, Zurich, p. 91 s. ainsi qu'aux explications concernant les exceptions à l'application de cet arrêté fédéral dans "L'Expert-comptable suisse", septembre et octobre 1990.

En complément à ces explications, on fait remarquer que toutes les institutions de prévoyance peuvent placer 25 % (au lieu de 10 %) de leur fortune dans des participations telles que les actions et titres assimilables de sociétés dont le siège est à l'étranger, indépendamment du fait qu'elles possèdent déjà des immeubles en Suisse ou qu'elles entendent en acquérir.

Il est en outre important de préciser qu'il n'y a pas lieu de modifier la méthode utilisée jusqu'ici pour évaluer la valeur effective au sens de l'article 49, 2e alinéa, OPP 2, ne concernant que les affaires actuarielles de l'institution de prévoyance. La nouvelle méthode d'évaluation selon l'article 5 AFDP, resp. de l'article 1er s. OEI, compte uniquement pour l'application de l'arrêté du droit foncier limité. L'institution de prévoyance qui désire acquérir des immeubles après le 7 octobre 1989 peut donc, pour fixer ses cotisations et prestations, continuer à évaluer ses actifs selon la méthode admise jusqu'à présent. Elle doit toutefois alors tenir un bilan-témoin afin de déterminer si elle respecte les dispositions du nouveau droit foncier.

D'autre part, la vente d'immeubles par l'institution de prévoyance n'entraîne pas pour elle l'application de l'arrêté fédéral du droit foncier, car dans ce cas aucun arrêt de la progression qui devrait être vérifié par l'organe de contrôle prévu pour cette tâche ne doit intervenir.

Rien n'empêche les institutions de prévoyance d'appliquer la méthode de calcul selon l'article 5 AFDP, resp. l'article 1er s. OEI, non seulement à l'arrêté fédéral en matière de droit foncier, mais aussi pour les questions actuarielles.

96 Dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance conformément à l'AFDP; Parts à un patrimoine spécial "immeubles" des fondations de placement

(Art. 1er AFDP)

L'article 1er, 3e alinéa, lettre e de l'Arrêté fédéral du 6 octobre 1989 concernant des dispositions en matière de placement (AFDP) stipule à quelles conditions on assimile aux immeubles au sens de cet arrêté les participations à des personnes morales. La teneur de cette disposition prête à confusion dans la mesure où il n'en ressort pas sans autre dans quelle catégorie de la fortune selon l'AFDP il faut classer les participations à des fondations de placement lorsque la fondation de placement répartit sa fortune entre différents patrimoines spéciaux sur lesquels les investisseurs acquièrent une créance proportionnelle.

Comment faut-il traiter ces droits en regard à l'AFDP ? Dans le message du Conseil fédéral (FF 1989 III 207), on fait expressément observer à propos de l'article 1er AFDP que la définition de l'immeuble constitue une solution pragmatique, choisie en fonction du but visé par la réglementation et qui devrait empêcher le plus possible que la réglementation ne soit tournée.

Si l'AFDP ne s'appliquait qu'aux fondations de placement qui disposent au total de plus de la moitié de leurs actifs en immeubles, il serait aisé de contourner la limite maximale fixée par l'AFDP pour les placements immobiliers des institutions de

prévoyance. Bien que l'article 1er, 3e alinéa, AFDP, parle de "fondations de placement" il ne faut pas seulement entendre par ce terme les fondations de placement immobilier, soit des fondations qui se vouent presque exclusivement au placement de la fortune en biens immobiliers; mais également des fondations qui détiennent de manière administrative et juridique des patrimoines spéciaux "immeubles". L'ordonnance du 18 octobre 1989 concernant l'évaluation des immeubles (DEI) énonce pour sa part à l'article 3, 1er alinéa, lettre b, pas uniquement les fondations de placement immobilier mais également les parts aux patrimoines spéciaux "immeubles" de fondations de placement.

Pour l'investisseur, cela ne joue sur le plan économique aucun rôIe s'il détient une part à un patrimoine spécial "immeubles" d'une fondation de placement, d'une fondation de placement immobilier ou d'une société anonyme immobilière. Dans tous les cas, il s'agit d'objets de remplacement de la propriété immobilière directe que l'AFDP veut inclure dans le calcul et la limitation des valeurs maximales.

La part à une fondation de placement est considérée par conséquent comme un bien immobilier au sens de l'AFDP, lorsque:

a. les actifs de la fondation de placement calculés selon leur valeur effective sont constitués pour plus de la moitié par des immeubles au sens de l'article 3, 3e alinéa, lettres a à d;

b. bien que la majorité des actifs de la fondation de placement n'est pas pour la plupart constituée par des biens immobiliers, la part des institutions de prévoyance se réfère toutefois à un patrimoine spécial "immeubles Suisse" dont la valeur (prix de rachat) se calcule exclusivement selon ce groupe de placement.

97 Bourses négociant les "Options et Futures"

(Art. 7 LPP; art. 49 ss OPP 2)

Dans le bulletin no 11 du 28 décembre 1988, l'OFAS s'est prononcé sous chiffre 66 sur la question de savoir dans quelle mesure les transactions opérées à la bourse suisse des "Options et Futures" SOFFEX sont compatibles avec les directives en matière de placement de l'OPP 2. Dans ce contexte, l'on a établi une liste des transactions qui répondent aux exigences de sécurit' posées au placement de la fortune d'une institution de prévoyance.

L'OFAS admet les opérations, énumérées dans le bulletin mentionné, avec des "Options et Futures" également à d'autres bourses qui répondent au critère de sécurité dans la même mesure que la bourse suisse SOFFEX. Les institutions de prévoyance peuvent également participer aux négociations hors bourse avec les "Options et Futures" pour autant que la banque, qui effectue ces opérations, offre suffisamment de sécurité pour une application correcte.

Pour apprécier quelles sont les bourses ou intermédiaires qui répondent aux exigences en matière de sécurité, il convient d'observer les directives de la commission fédérale des banques "Opérations à options sur les actions, autres titres de participation et indices d'actions" du 2 novembre 1988, chiffre 1 à 3.

Ce sont les organes dont relève la gestion de la fortune des institutions de prévoyance qui déterminent en premier lieu les transactions à opérer ainsi que les banques ou les bourses qui semblent appropriées pour mener à bien ces opérations. Ils se feront conseiller de façon appropriée par des spécialistes disposant de connaissances approfondies sur ce genre de transactions et le fonctionnement des bourses entrant en ligne de compte.

Il faut indiquer à l'organe de contrôle les bourses "Options et Futures" ou les banques auprès desquelles ce genre de transactions a été effectué. L'institution de prévoyance doit également mettre à disposition de l'organe de contrôle, sur demande, les documents qui permettront à ce dernier de se renseigner sur la qualité des bourses ou banques correspondantes. L'organe de contrôle doit, en effet, communiquer à l'autorité de surveillance les éventuelles réserves quant à la qualité.

Cette prise de position de l'OFAS est provisoire. Il faut rassembler d'autres expériences à propos de l'utilisation des "Options et Futures". Si cela devait s'avérer utile, cet avis serait adapté à une date ultérieure.

98 Admissibilité des swaps du taux d'intérêt (opérations de change des intérêts) dans le cadre du placement de la fortune de prévoyance

(Art. 11 LPP, art. 49 ss OPP 2)

Le swap du taux d'intérêt est un instrument dont l'utilisation s'accroît ces temps derniers dans le placement de la fortune. Il se pose la question de savoir s'il peut également être utilisé pour le placement de la fortune des institutions de prévoyance.

Le swap du taux d'intérêt est un arrangement à moyen jusqu'à long terme (en principe de 2 à 10 ans) entre deux parties contractantes qui doivent effectuer, de part et d'autre, des paiements à termes fixes. Le montant du versement de l'une des parties est déterminé par un taux d'intérêt fixe, alors que celui de l'autre est fixé par un taux variable. Les paiements des deux parties ont lieu dans la même monnaie. Les capitaux qui servent de base au versement des intérêts ne sont pas transférés.

Le swap du taux d'intérêt permet à un investisseur de réagir rapidement à des situations modifiées en matière d'intérêts sans avoir à procéder à des ventes ou achats correspondants de papiers-valeurs. Utiliser les swaps du taux d'intérêt est, avant tout, pour les institutions de prévoyance un moyen de se protéger. Le risque de ces swaps réside en particulier dans le fait que les différents taux d'intérêts n'évoluent pas selon les prévisions. Dans un cas défavorable, l'institution de prévoyance devrait supporter une certaine perte du rendement.

Cette perte n'est cependant pas supérieure à celle qu'elle aurait à subir si elle avait effectué en lieu et place du swap du taux d'intérêt une modification correspondante de la structure de son portefeuille (par ex. rente d'obligations au profit, pour le même montant, d'avoirs bloqués), ce qui est sans autres autorisé.

En principe, les opérations du swap du taux d'intérêt sont, de l'avis de l'OFAS, compatibles avec les prescriptions en matière de sécurité et de rendement

contenues aux articles 71, 1er alinéa, LPP et article 50 OPP 2, dans la mesure où les exigences suivantes sont remplies:

- Ce sont des spécialistes pouvant correctement évaluer les chances et les risques de ces instruments qui doivent procéder à leur utilisation ou du moins la surveiller.

- Les transactions avec le swap du taux d'intérêt ne peuvent être opérées qu'avec comme partie contractante des banques qui, conformément à l'évaluation usuelle dans la branche, jouissent de la solidité nécessaire.

- Il convient de garantir par contrat la couverture d'un éventuel dommage qui résulterait, pour l'institution de prévoyance, de la résiliation anticipée de la convention.

Il faut indiquer sous une forme appropriée à l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance l'exécution des opérations du swap du taux d'intérêt. Cet organe avise l'autorité de surveillance lorsqu'il existe des doutes concernant l'exécution des conditions susmentionnées.

99 Securities Lending

(Art. 71 LPP, art. 49 ss OPP 2)

1.
Sous la dénomination "securities lending", on comprendra le prêt de papiers-valeurs contre paiement d'une commission. Le besoin de tels services prend naissance lors de difficultés à remplir des engagements de transactions à la suite par exemple d'un retard dans la livraison de titres par le client ou d'une remise tardive de titres. Dans de tels cas le courtier peut honorer ses engagements dans les délais fixés en empruntant les papiers-valeurs en questions contre rémunération. Il s'agit en principe de papiers-valeurs à intérêts fixes (obligations) ainsi que d'actions et titres assimilables.

L'avantage du "securities lending" réside dans le fait que le prêteur peut obtenir une rémunération supplémentaire sur ses titres sous forme d'une commission et ceci sans s'exposer à de gros risques. De plus, pendant la durée du prêt les intérêts ou les dividendes échus lui sont intégralement crédités. Par ailleurs le désavantage de cette transaction est que le prêteur ne peut disposer de ses titres pendant la période de prêt. Ainsi il se trouve dans l'impossibilité de les vendre afin de réaliser un gain sur le cours.

2.
Le prêt de papiers-valeurs est généralement effectué par une banque de dépôt. Lorsqu'une personne (p. ex. une institution de prévoyance) a déposé ses papiers-valeurs auprès d'une banque et les a mis à disposition pour un tel prêt, il doit conclure avec la banque une convention par laquelle il lui confie les pleins pouvoirs sur les titres prêtés.

3.
La banque de dépôt entreprend les démarches afin de prêter les papiers-valeurs mis à sa disposition. Pour cela elle prend contact avec un "intermédiaire" (une organisation de banque comme CEDEL ou Euroclear, une autre banque ou un broker) spécialisé dans ce genre d'opérations. L'intermédiaire prête alors à un emprunteur les papiers-valeurs dont ce dernier a besoin pour une durée déterminée ou non (en règle générale, au maximum, six mois). A l'échéance de la date de prêt, l'emprunteur doit restituer exactement les mêmes titres (même émission, même maison émettrice).

Afin de garantir la restitution des papiers-valeurs empruntés, la partie intermédiaire, aussi bien CEDEL qu'Euroclear, exige de l'emprunteur la constitution d'un gage sous forme d'obligations ou d'un montant en argent (avoir en compte) correspondant. Le montant du gage est recalculé quotidiennement afin de tenir compte des fluctuations des papiers-valeurs.

Si les cours montent, le gage doit être augmenté d'autant. La garantie comprend également les frais administratifs qui apparaîtraient si les titres n'étaient pas restitués par l'emprunteur et qu'il faille en racheter. Une autre mesure de sécurité est la garantie donnée par les banques de l'organisation pour la restitution des titres prêtés.

4.
Après un examen approfondi, l'OFAS a conclu que le prêt de papiers-valeurs n'est pas en contradiction avec les prescriptions de placement de l'article 71 LPP ainsi qu'avec les articles 46 à 60 de l'OPP 2. Afin de garantir la sécurité exigée par la loi, les conditions suivantes doivent être remplies pour le prêt de papiers-valeurs:

a) les institutions de prévoyance peuvent autoriser leur banque de dépôt à prêter leurs titres, pour autant que cette banque dispose de la solvabilité requise et qu'elle s'engage à effectuer les transactions uniquement auprès d'intermédiaires qui respectent les exigences des conditions indiquées au paragraphe c) ci-dessous.

b) les institutions de prévoyance qui effectuent des prêts de papiers-valeurs directement avec les intermédiaires doivent disposer de collaborateurs qualifiés en la matière ou se faire conseiller en conséquence.

c) l'intermédiaire pour ces affaires doit être une organisation de clearing reconnue (comme CEDEL ou Euroclear) ou encore une banque disposant d'une solvabilité de premier rang. Les prêts doivent être couverts par des gages de papiers-valeurs ou par un dépôt d'argent correspondant.

d) les droits aux intérêts et coupons appartiennent comme par le passé au prêteur.

e) les prêts ne peuvent être effectués qu'à la condition que la liquidité des institutions de prévoyance ne soit nullement affectée. Le délai du prêt ne doit pas dépasser six mois.

f) les prêts octroyés doivent être mentionnés comme des titres non prêtés dans le bilan. Les prêts effectués en cours d'exercice doivent être mentionnés de manière adéquate dans le rapport annuel pour l'organe de contrôle. Ce dernier informe

l'autorité de surveillance lorsque les conditions indiquées ci-dessus ne sont pas remplies.

100 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle et de l'assurance-accidents obligatoire

(Art. 87 LPP, art. 2 OSRPP)

Il existe, à l'intention des caisses de compensation AVS, une Circulaire de l'OFAS sur l'obligation de garder le secret et sur la communication des dossiers dans le domaine de l'AVS/AI/APG/PC/AF (no de commande 318.107.06 f). Elle règle la communication de renseignements et de dossiers aux tiers étrangers à la procédure administrative ainsi qu'aux personnes concernées et à leurs représentants. Son chiffre 8 traite des cas où, de manière générale, l'obligation de garder le secret est levée, par exemple envers les institutions de prévoyance, le fonds garantie et les autorités de surveillance au sens de la LPP. En application dudit chiffre, il a été indiqué, dans le Bulletin de l'AVS no 172 du 13 août 1990 à l'intention des caisses de compensation AVS, ce qui suit:

"Les caisses de compensation sont soumises à l'obligation de garder le secret en vertu de l'article 50 LAVS. D'autre part, l'article 87 LPP et l'article 101 LAA obligent, entre autres, aussi les caisses de compensation à fournir les renseignements nécessaires aux organes de la prévoyance professionnelle ou de l'assurance-accidents obligatoire. Le Conseil fédéral a concrétisé ces dispositions à l'article 209bis, 1er alinéa, lettre c, RAVS (prévoyance professionnelle), resp. lettre a (assurance-accidents obligatoire). Pour la prévoyance professionnelle, il y lieu, en outre, d'observer l'article 2 de l'Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP). Ce qui est toujours important dans ces réglementations c'est que les exceptions à l'obligation de garder le secret ne peuvent être autorisées que si aucun intérêt privé digne de protection ne s'y oppose. Les renseignements sont à fournir de cas en cas. Un flux général d'informations n'est pas admissible. Par ailleurs, les demandes de renseignements doivent être fondées et les renseignements doivent servir à l'un des objectifs énumérés à l'article 209bis RAVS, resp. à l'article 2 OSRP."

101 Approbation du droit cantonal par le Conseil fédéral conformément au 3e alinéa de l'article 97 LPP

A partir du 1er janvier 1991, le 3e alinéa de l'article 97 LPP sera modifié. Jusqu'à présent, la règle avait la teneur suivante:

"Les dispositions cantonales seront soumises à l'approbation du Conseil fédéral, dans le délai qu'il fixera."

Cette règle est désormais remplacée par la suivante:

"Les dispositions cantonales d'exécution sont communiquées au Département fédéral de l'intérieur."

Le Conseil fédéral n'approuvera ainsi plus les dispositions cantonales, elles seront seulement portées à sa connaissance.

102 Informations

- Pro domo

(supprimées n’étant plus actuelles)

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 17

du 15 octobre 1990

TABLE DES MATIERES

103 Jurisprudence: Fixation du salaire coordonné dans le cas d'un travailleur payé à l'heure et qui reçoit son salaire chaque mois.

104 Jurisprudence: Cas de rachat d'années d'assurance

105 Une institution de prévoyance est-elle autorisée à gérer des comptes de libre passage lorsqu'elle est sans nouvelles d'un assuré dont les rapports de travail sont résiliés?

106 Versement en espèces de la prestation de libre passage, à un stade ultérieur, à un ayant droit qui a entrepris une activité lucrative indépendante

107 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion du "montant insignifiant"

108 Jurisprudence: Compatibilité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral? (Coordination avec l'assurance-accidents)

109 Jurisprudence: Droit à une rente de veuf

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

103 Jurisprudence: Fixation du salaire coordonné dans le cas d'un travailleur payé à l'heure et qui reçoit son salaire chaque mois

(A propos du jugement du Tribunal fédéral des assurances du 15 juin 1989, ATF 115 V 94)
(Art. 7 et 8, LPP; art. 3, 2e al., OPP 2)

Dans le cas d'espèce, le recourant, rétribué à l'heure, exigea que la fixation du salaire coordonné ne s'établisse pas, comme présentement, sur une base mensuelle, mais journalière. Conformément à son règlement, la caisse de pension était autorisée à faire usage des possibilités consacrées à l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, en vertu duquel une institution de prévoyance peut s'écarter du salaire annuel et déterminer le salaire coordonné par période de paie.

Le TFA considéra que l'application par une institution de prévoyance d'une réglementation particulière dans le sens de l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, n'est liée à aucune condition particulière. En particulier, cette disposition n'exige pas que la déduction de coordination pour un travailleur payé à l'heure soit convertie sur une base journalière. Au contraire, il ressort du texte clair de la disposition précitée qu'il s'agit bien plutôt de **la période de paie** qui est prise en considération pour le versement du salaire. Une réglementation particulière pour l'enregistrement des bonifications de vieillesse qui ne repose pas sur un versement périodique du salaire ne peut être raisonnablement exigée des institutions de prévoyance. Un calcul du salaire coordonné sur une base journalière - comme le demande le recourant - serait d'autre part contraire au but visé par l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, qui est de faciliter la simplification des tâches administratives en permettant aux caisses de déterminer sans difficultés particulières le salaire coordonné des assurés.

Le TFA ne s'est en revanche pas prononcé sur la question de savoir si une institution de prévoyance - lorsque le salaire est payé par jour et qu'elle s'écarte du salaire annuel - est également tenue de se référer au salaire journalier pour la détermination du salaire coordonné, ou si elle est habilitée à calculer le salaire coordonné sur une base mensuelle par exemple.

Le TFA a également laissé ouverte la question de savoir si une institution de prévoyance peut directement appliquer l'article 3, 2e alinéa, OPP 2, ou si elle doit, à cet effet, s'appuyer expressément sur une disposition de son règlement, comme c'est le cas dans le cadre de l'alinéa 1.

104 Jurisprudence: Cas de rachat d'années d'assurance

(A propos du jugement du TFA du décembre 1989 dans la cause J.)
(Art. 29 LPP; art. 331 c CO; art. 4 Cst. féd.)

Dans un récent arrêt le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les institutions de prévoyance doivent aussi observer les droits déduits de l'article 4 de notre constitution, notamment le droit à l'égalité et le droit d'échapper à l'arbitraire ainsi que le principe de la proportionnalité. En particulier, elles ne peuvent restreindre les droits de leurs affiliés que dans la mesure objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle. Partant, en cas de rachat d'années d'assurance au moyen de la prestation de libre passage, l'institution de prévoyance ne peut utiliser le montant transféré que pour faire remonter l'affiliation, au plus, à l'âge d'entrée qui

fonde le droit à une rente de vieillesse maximum (in casu l'âge de 30 ans). Elle ne saurait faire supporter à l'assuré le coût d'un rachat jusqu'à un âge antérieur (in casu l'âge de 19 ans).

Pour ce qui est du solde éventuel de la prestation de libre passage, l'assuré a la faculté de l'affecter à une forme de prévoyance agréée par la législation.

105 Une institution de prévoyance est-elle autorisée à gérer des comptes de libre passage lorsqu'elle est sans nouvelles d'un assuré dont les rapports de travail sont résiliés?

(Art. 29, 2e et 3e al., LPP; art. 2, 3e al., et 13, 4e al., de l'ordonnance sur le libre passage)

Il arrive fréquemment dans la pratique que l'employeur n'informe pas l'institution de prévoyance, dans un délai de 30 jours, comme il en est tenu conformément à l'article 13, 1er alinéa, de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, du départ de l'assuré lorsque des rapports de travail sont résiliés. L'institution de prévoyance ne sait donc pas où virer la prestation de libre passage. Lorsque ces cas sont fréquents et que les montants de la prestation de libre passage sont peu élevés, on constate que le maintien de la prévoyance sous la forme d'une police de libre passage ou d'un compte bancaire de libre passage engendre des frais administratifs trop élevés par rapport au but visé. La tendance dans la pratique est donc de maintenir l'assuré dans l'institution de prévoyance et de gérer son compte individuel au même titre qu'un compte de libre passage.

Nous nous sommes déjà exprimés dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle no 10, sous chiffre marginal 53, chiffre 3, quant à la conformité de cette pratique à l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, du 12 novembre 1986. Pour clarifier notre point de vue, nous tenons à préciser que la tenue d'un compte de libre passage par une institution de prévoyance, lorsqu'elle est sans nouvelles d'un assuré, n'est à notre avis, pas contraire à l'ordonnance précitée. Notre office considère en effet que ce cas doit être mis en parallèle avec l'article 14, 1er alinéa, de l'ordonnance qui autorise expressément une institution de prévoyance à conserver la prestation de libre passage dans deux cas bien précis à savoir:

a) lorsque l'assuré doit réintégrer ultérieurement l'institution de prévoyance (en cas de congé par exemple);

b) lorsque la survenance d'une incapacité de travail risque d'entraîner l'octroi d'une rente d'invalidité ou de survivants.

Il est clair que cette possibilité de poursuivre l'assurance de la même manière qu'un compte de libre passage doit être compatible avec le règlement de l'institution de prévoyance. Mais en revanche cette possibilité ne saurait être offerte à des tiers qui n'auraient précédemment aucun lien avec ladite institution, comme cela a déjà été précisé dans le bulletin de la prévoyance professionnelle précité.

106 Versement en espèces de la prestation de libre passage, à un stade ultérieur, à un ayant droit qui a entrepris une activité lucrative indépendante

(Art. 30, al. 2, b, LPP, art. 331c, al. 4, b, ch. 2, CO, art. 7, al. 2, b, ch. 2, de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage)

Ces derniers temps, on nous a souvent demandé si les montants de libre passage qui n'ont pas été versés en espèces au début de l'exercice d'une activité indépendante et qui figurent dans un compte de libre passage ou une police de libre passage, peuvent être versés en espèces ultérieurement.

Le droit au versement en espèces en raison de l'exercice d'une activité indépendante n'est possible qu'au moment où les conditions du versement en espèces sont réalisées, c'est-à-dire, au commencement de l'activité indépendante. Aux articles 30 LPP, 331 c CO et 7 de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, le législateur a usé des termes "s'établit à son propre compte" et non de "exerce une profession indépendante". Dans l'hypothèse où une police de libre passage a été établie, voire un compte de libre passage, il y a lieu d'y appliquer, en cas de résiliation les dispositions prévues par le règlement ou, à défaut, par l'article 7 de l'Ordonnance.

La loi prévoit, en outre, que la protection de la prévoyance doit être maintenue. Par conséquent, il ne peut être dérogé à ce principe que dans des cas exceptionnels, à la demande de l'ayant droit. Cela implique que, si l'ayant droit à l'échéance d'une prestation de libre passage ne présente pas de demande de paiement en espèces, il donne à entendre qu'il n'a pas besoin du paiement en espèces à ce moment. Il ne lui est donc plus possible de revenir ultérieurement sur sa décision initiale.

La même problématique se retrouve aussi en ce qui concerne la question du paiement en espèces de la prestation de libre passage à la cessation de l'assurance facultative d'un indépendant (voir à ce sujet le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 11, point 59).

107 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage; notion de "montant insignifiant"

(A propos de l'arrêt du TFA du 23 avril 1990 en la cause Z)
(Art. 30, 1er al., LPP; art. 331c 4e al., CO)

En l'espèce, le recourant, affilié pendant dix mois à une institution de prévoyance n'a pas droit au versement en espèces de la prestation de libre passage au sens de l'art. 30, al. 1,LPP, et ce même si les statuts de l'institution de prévoyance le permettent.

Reste à examiner si un versement partiel en espèces, concernant la prévoyance plus étendue, peut être effectué sur la base de l'art. 331c, al. 4, lettre a, CO, en raison de l'insignifiance du montant de la créance.

La notion de **montant insignifiant** n'a pas à être tranchée en fonction d'une limite exprimée en francs. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, par exemple, de l'âge du travailleur, du niveau de son revenu.

Les institutions de prévoyance ont aussi la possibilité de définir, dans leur règlement, la notion de créance de peu d'importance, mais cette interprétation est sujette au contrôle du juge.

Selon le TFA, la question d'un versement en espèces de la prestation de libre passage en raison de l'insignifiance du montant de la créance ne se pose que si la prestation de libre passage découlant du CO est plus élevée que celle qui est calculée conformément à la LPP, étant donné que la LPP exclut, pour sa part, la possibilité d'un versement au comptant. Il y a donc lieu, pour déterminer si la créance équivaut à une somme insignifiante ou non, de considérer la part qui excède le montant de l'avoir de vieillesse selon la LPP, laquelle fera, le cas échéant, l'objet du versement en espèces.

Dans le cas d'espèce, le TFA a admis que le montant extra-obligatoire de 1'656.- francs peut être considéré comme insignifiant, car inférieur à la somme des cotisations de l'assuré pendant une année (2'646.- fr.).

Dans l'hypothèse où la totalité de la prestation de libre passage a déjà été versée à une nouvelle institution de prévoyance, l'ancienne caisse peut en demander le remboursement partiel à la nouvelle caisse. Elle devra ensuite rétrocéder ce montant à l'ayant droit.

108 Jurisprudence: Compatibilité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral? (Coordination avec l'assurance-accidents)

(A propos du jugement du TFA du 31 août 1990 dans la cause M.D.C.I.)
(Art. 34, 2e al., LPP; art. 25, 1er al., OPP 2)

En vertu de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2, une institution de prévoyance peut exclure le versement de prestations de survivants ou d'invalidité lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance-militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance. Se fondant sur une disposition de son règlement qui reprend l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 dans son intégralité, une institution de prévoyance a refusé d'octroyer des prestations de veuve et d'orphelins suite au décès de l'assuré. La veuve, de son côté, a estimé que l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 était contraire au droit fédéral et que l'institution de prévoyance était tenue de verser des prestations jusqu'à concurrence du 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé, conformément à l'article 24, 1er alinéa, OPP 2 (avantage injustifié). Le Tribunal fédéral des assurances, dans l'arrêt précité, lui a donné raison, sur la base des considérations suivantes:

Le TFA avait à se prononcer tout d'abord sur la conformité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral, en l'occurrence, l'article 34, 2ème alinéa, LPP. En vertu de ce dernier, le Conseil fédéral est chargé d'édicter des prescriptions afin d'empêcher que le cumul des prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants. En cas de concours de prestations prévues par la LPP avec des prestations prévues par la LAA ou par la LAM, la **priorité** sera donnée en principe aux prestations prévues par l'assurance-accidents ou l'assurance-militaire.

Le TFA a estimé dans ce contexte que l'utilisation du mot "priorité" signifie certes qu'il appartient aux assurances visées d'intervenir en premier lieu, mais non que cette

intervention **soit exclusive de toutes autres**. Si le législateur avait voulu exclure ici le versement de prestations par l'institution de prévoyance, indépendamment de tous risques de surindemnisation, il en aurait certainement formulé le principe dans le texte légal et des dispositions d'exécution eussent été à ce propos superflues. Il relève par ailleurs que cette interprétation correspond au but de la prévoyance professionnelle qui est, selon l'ordre constitutionnel, de permettre aux bénéficiaires de maintenir de façon appropriée le niveau de vie antérieur compte tenu des prestations de l'assurance fédérale (art. 34quater, al. 3, Cst.). Le TFA estime également que l'analyse des travaux préparatoires ne démontre pas qu'une telle interprétation irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur. Ces derniers ne révèlent nulle part une volonté de refuser purement et simplement, dans l'hypothèse envisagée, les prestations de la prévoyance professionnelle. En d'autres termes, la solution adoptée à l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 par le Conseil fédéral peut conduire, dans certains cas, à une indemnisation lacunaire des assurés ou de leurs survivants. Elle s'écarte donc du but visé, qui est uniquement d'empêcher que le cumul des prestations ne procure un avantage injustifié aux intéressés. Dans ce sens, l'article 25, 1er alinéa, LPP ne respecte pas la délégation législative conférée par l'article 34, 2ème alinéa, LPP.

109 Jurisprudence: Droit à une rente de veuf

(A propos du jugement du TFA du 23 août 1990 dans la cause K.).
(Art. 4, 2e al., Cst. féd., art. 6 et 19 LPP)

Dans les statuts d'une institution de prévoyance de droit public, il est prévu que le veuf a droit à une rente de veuf seulement dans le cas où la femme décédée subvenait de façon substantielle à l'entretien du mari survivant. Par contre, l'octroi de la rente de veuve n'était liée à aucune condition particulière si ce n'est le décès du rentier ou de l'assuré.

Le recourant estima que cette disposition était contraire à l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd. (égalité de traitement entre homme et femme).

Le TFA rappelle que depuis l'entrée en vigueur de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd., une différentiation de traitement entre homme et femme n'est concevable que lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité de traitement. Le Tribunal constate que le législateur cantonal a fixé des conditions différentes pour l'octroi des rentes de veuf ou de veuve, en se fondant exclusivement sur des considérations dues au sexe et que ne justifie aucune différence d'ordre biologique ou fonctionnel.

Le TFA examine ensuite quelles conséquences tirer de cette violation de la Constitution fédérale.

S'agissant des prescriptions inconstitutionnelles datant d'avant le 14 juin 1981 (date de l'entrée en vigueur de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd.), c'est en principe au législateur qu'incombe la tâche de mettre en oeuvre sans retard le principe de l'égalité en modifiant les dispositions qui lui sont contraires. Toutefois un certain délai doit être reconnu au législateur cantonal pour réaliser le mandat constitutionnel dans sa législation.

Le recourant peut en revanche, sur la base de l'article 4, 2e alinéa, Cst. féd., invoquer sans autre l'annulation de la décision ou de la loi attaquée dans l'hypothèse où l'acte jugé contraire à la constitution a été adopté **après** le 14 juin 1981.

Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une norme qui, dans son contenu actuel, a été adoptée après 1981. Selon l'avis du TFA, il ne s'agit pas, dans le cas présent, de l'introduction d'une nouvelle forme de prestation qui n'aurait pas été assurée jusque-là par l'institution de prévoyance - ce qui, le cas échéant, serait surtout l'affaire du législateur. Cependant, aussi longtemps que les veuves reçoivent dans le cadre de la prévoyance plus étendue une rente de veuve qui n'est liée à aucune condition particulière ni à aucun aspect d'assistance, il doit, au vu de la Constitution, en être de même et selon les mêmes critères pour ce qui est de l'octroi de la rente de veuf, prévue dans la législation cantonale. Le recourant a par conséquent droit à une rente de veuf.

Le fait que la LPP ne connaisse que la rente de veuve (art. 19 LPP) n'y change rien. Cette disposition ne constitue qu'une exigence minimale selon l'article 6 LPP, qui ne libère pas les cantons de l'obligation, dans le domaine de la rente de veuf à titre de prévoyance plus étendue, de respecter le principe de l’égalité entre les sexes.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 18

du 25 avril 1991

TABLE DES MATIERES

110 Droit foncier et dispositions en matière de placement

111 Autorisation de fusions de fondations et répercussions pour les assurés et les institutions de prévoyance

112 Le champ d'application de la gestion paritaire des caisses enveloppantes

113 Affaire interne: changement de direction dans la division de la prévoyance professionnelle (plus actuelles)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

110 Droit foncier et dispositions en matière de placement

(AFDP/OEI et art. 48,54 s. OPP 2)

Par décision du 27 mars 1991, le Conseil fédéral a abrogé avec effet au 28 mars 1991 l'arrêté fédéral du 6 octobre 1989 concernant des dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance (AFDP; RS 211.437.5) en même temps que l'ordonnance du 18 octobre 1989 concernant l'évaluation des immeubles (OEI; RS 211.437.55). Par conséquent, les prescriptions de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle (OPP 2) sont à nouveau applicables. Ceci vaut plus particulièrement pour les institutions de la prévoyance professionnelle qui étaient soumises à l'AFDP.

Cette décision a pour conséquence qu'à partir du 28 mars 1991 les institutions soumises à l'OPP 2 n'ont plus la possibilité d'acquérir des immeubles à l'étranger. De même, la limite de placement pour des actions et titres assimilables à des actions d'une société dont le siège est à l'étranger indiquée à l'art. 54 let. g OPP 2 devra être respectée. Il va de soi aussi que les dispositions de l'art. 55 OPP 2 concernant les limites globales sont à nouveau applicables à partir du 28 mars 1991.
Les institutions qui, pendant la durée d'application de l'AFDP, ont acquis des biens immobiliers à l'étranger dans le cadre de la limite permise de 5 % et qui ont augmenté leur quote-part d'actions de sociétés dont le siège est à l'étranger pour utiliser à plein la limite autorisée de 30 % de leur fortune ne sont pas obligées de liquider ces placements conformément aux prescriptions réactivées de l'OPP 2. Car elles bénéficient de la garantie des droits acquis.

En ce qui concerne l'évaluation des immeubles dans le sens de l'article 5 AFDP resp. OEI, les biens immobiliers indiqués à l'art. 1 al. 3 AFDP doivent être à nouveau évalués selon l'ancien droit (Art. 48 al. 2 OPP 2) à partir du 28 mars 1991. Par ailleurs, il convient à ce sujet de mentionner qu'un groupe de travail interne à l'administration et dirigé par l'Office fédéral des assurances soumettra à un examen approfondi les prescriptions de l'OPP 2 après l'abrogation de l'AFDP et l'application des nouveaux instruments de financement et de sécurité, ceci afin d'élaborer des recommandations appropriées.

111 Autorisation de fusions de fondations et répercussions pour les assurés et les institutions de prévoyance

(ATF 115 II 415)

Le Tribunal fédéral confirme que les fusions d'institutions de prévoyance en faveur du personnel sont admises. En effet, la pratique a montré que ces institutions ont aussi besoin de s'adapter aux nouvelles situations juridiques et économiques. Ainsi la restructuration d'une entreprise entraîne souvent une réorganisation de la caisse de pension concernée. La fusion est la forme la mieux appropriée et la plus simple de continuer la prévoyance professionnelle chez le nouvel organe de droit, bien que le CCS ne contienne aucune norme à ce sujet pour les fondations. Il importe en cela de respecter le principe qui dispose que la fortune de l'institution de prévoyance doit suivre le personnel.
Les principes indiqués dans les articles 748 et 914 CO doivent être respectés en cas de fusion d'institutions de prévoyance, pour autant qu'ils puissent être appliqués aux fondations. Le transfert des actifs et des passifs d'une institution à l'autre s'effectue

ainsi selon les règles de la "succession universelle", c'est-à-dire en vertu de la loi et sans considération des prescriptions formelles nécessaires pour le transfert des valeurs individuelles de la fortune. La fusion entraîne la continuité de l'ensemble des droits patrimoniaux malgré le changement de débiteur. Par la fusion, tous les droits et devoirs de l'institution dissoute sont transférés à la nouvelle institution.

L'exclusion de certaines valeurs individuelles constituant la fortune est incompatible avec le principe de la succession universelle, même si leur existence est inconnue ou même indiscernable au moment de la fusion. Les intérêts susceptibles d'être protégés des preneurs de prévoyance ou d'autres créanciers ne peuvent pas s'opposer fondamentalement à la fusion étant donné que le substrat de responsabilité reste de toute façon acquis.
La fusion d'institutions de prévoyance en faveur du personnel peut se faire uniquement sur décision des autorités de surveillance et non pas simplement sur décision des organes de la fondation, étant donné qu'une liquidation volontaire de la fondation est exclue.

112 Le champ d'application de la gestion paritaire des caisses enveloppantes

(Arrêt de la Commission fédérale de recours LPP du 6 septembre 1990)

L'objet du litige, dans le cas particulier, était de savoir si la gestion paritaire selon l'article 51 LPP était impérativement prescrite pour toutes les "oeuvres de prévoyance » d'une caisse collective enveloppante de prévoyance. Selon l'avis de la plaignante, les oeuvres de prévoyance qui, dans le cadre d'une caisse enveloppante, ne sont actives que dans la partie surobligatoire et sont organisées conformément à l'art. 89bis al. 3 CCS, sont dispensées d'appliquer la gestion paritaire dans le sens de l'art. 51 LPP. La Commission fédérale de recours est au contraire d'avis que le principe de la gestion paritaire est de tout façon applicable à l'ensemble des domaines d'activité d'une institution de prévoyance sociale enregistrée, donc également pour la partie dite surobligatoire. Nous partageons cet avis pertinent.

113 Affaire interne: changement dans la direction de la division de la prévoyance professionnelle

(supprimées n’étant plus actuelles)

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 19

du 12 août 1991

TABLE DES MATIERES

114 Obligation de renseigner dans la prévoyance professionnelle

115 Valeurs des remboursements lors de la dissolution des contrats collectifs d'assurance par une institution de prévoyance

116 Ouverture de la procédure de consultation relative à l'encouragement de la propriété du logement dans la prévoyance professionnelle

117 Révision du droit concernant les fondations

118 Prolongation du droit à la rente d'orphelin d'un assuré invalide après l'âge de 18 ans

119 L'organisation de la Division prévoyance professionnelle (biffé)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

114 L'obligation de renseigner dans la prévoyance professionnelle

(Art. 89bis al. 2 CC et art. 86 LPP)

La réglementation et les expériences relatives à l'obligation de renseigner dans la prévoyance professionnelle ont, à divers égards, une importance primordiale. Des renseignements exacts, complets et à jour permettent aux assurés de prendre conscience de leurs droits et de les faire valoir. Pour l'autorité de surveillance, l'obligation de renseigner est une possibilité de prendre conscience de ses devoirs, et pour les institutions de prévoyance, c'est une possibilité d'établir entre elle et les assurés les meilleurs rapports possibles, pour la satisfaction de toutes les personnes concernées. Il n'est nul besoin, en l'occurrence, de souligner que le malaise suscité çà et là par la complexité du deuxième pilier peut être atténué grâce à une bonne expérience dans l'obligation de renseigner.

Pour ce qui est de l'obligation de renseigner dans la prévoyance professionnelle, nous présentons brièvement ci-après deux problèmes concentriques dont l'importance pratique est certes divergente, mais qui ont un intérêt commun: l'amélioration de l'information des assurés dans leur intérêt et dans celui des institutions de prévoyance.

1. Obligation de renseigner dans les institutions collectives

En vertu de l'article 89bis alinéa 2 CC et conformément aux directives du Conseil fédéral, du 11 mai 1988, concernant l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de fournir des renseignements à leurs assurés (FF 1988 II 641), c'est à l'institution de prévoyance en tant que telle qu'incombe l'obligation de renseigner. En effet, seule l'institution de prévoyance jouit de la personnalité morale et de l'exercice des droits civils; "l'œuvre de prévoyance" créée par l'affiliation individuelle d'un employeur à une institution collective ne possède pas de personnalité morale. Les assurés et les tierces personnes peuvent donc s'en tenir en principe, dans une fondation collective, à l'ensemble de l'institution et ne peuvent être renvoyés par cette dernière à une oeuvre de prévoyance isolée. On ne peut leur opposer d'autres conventions internes. Quoi qu'il en soit, l'assuré est libre de s'adresser à son institution de prévoyance en tant que telle lorsqu'il désire des renseignements.

Par ailleurs, une institution collective peut s'organiser de façon à ce que les tâches importantes de gestion soient exécutées par les oeuvres de prévoyance; toutefois, c'est malgré tout l'ensemble de l'institution qui fait figure, vers l'extérieur, de personne morale. Soit elle agit seule, soit un mandataire qu'elle a désigné (par ex. un représentant de l'œuvre de prévoyance) agit en son nom et pour elle.

Dans le cadre de son organisation, l'institution collective peut désigner aux assurés ses œuvres de prévoyance comme points de contact immédiats, de sorte que toutes les demandes, informations, directives, etc. passent par l'intermédiaire de ces dernières. Par ailleurs, il n'est pas absolument nécessaire de déléguer ces tâches, même pas lorsque l'administration paritaire est organisée à l'échelon des œuvres de prévoyance; en effet, la gestion quotidienne n'est généralement pas assurée personnellement par le conseil d'administration de la fondation ni par l'organe paritaire de l'œuvre de prévoyance. C'est plutôt un organe de direction qui en est chargé.
L'assuré affilié à des fondations collectives a-t-il droit à des renseignements directs, c'est-à-dire matériels, fournis par la fondation, même si cette dernière est organisée

de sorte que le contact avec les assurés doive être établi par le biais de l'œuvre de prévoyance? Le travailleur a besoin d'obtenir directement des informations de ce genre dans les cas où il est dans son intérêt légitime que son employeur ne sache rien de sa demande de renseignements. Cela peut se produire en particulier lorsqu'il veut savoir le montant de sa prestation de libre passage. Si l'assuré doit s'adresser à l'administration paritaire mise en place dans le cadre de l'œuvre de prévoyance où siègent son employeur ou ses représentants, ou à des collaborateurs du service du personnel qui gèrent l'œuvre de prévoyance, il n'a pas la garantie que sa demande sera traitée avec discrétion. Cela peut gêner considérablement la réalisation des droits des travailleurs à l'information. La liberté de l'institution de prévoyance de s'organiser à son gré est donc en conflit avec le droit du travailleur, résultant de la protection de la personnalité du travailleur en vertu du droit du travail, à ce que sa demande soit traitée avec discrétion dans le domaine du rapport de prévoyance.

Le sens et le but de l'article 86 LPP impliquent que le désir de renseignements des assurés ne doit pas avoir des conséquences fâcheuses pour leurs rapports de travail. Le travailleur a un droit légitime à ce que son employeur ne sache rien de sa demande, afin d'éviter d'éventuelles collisions d'intérêts. Si l'institution de prévoyance viole l'obligation de discrétion, cela pourrait même, le cas échéant, justifier une demande de l'assuré en dommages et intérêts. Il faudrait donc créer au sein des institutions, collectives une possibilité de fournir des renseignements de façon à ce que l'employeur et les autres personnes chargées de la direction des affaires de l'entreprise concernée n'en sachent rien.

Les institutions collectives, de même que les autres institutions, peuvent résoudre ce problème en inscrivant par exemple de façon périodique sur une carte d'assurance les données importantes intéressant les assurés sur le plan particulier et personnel.

2. Faux renseignements émanant d'une institution de prévoyance en faveur du personnel

Dans la Feuille fédérale-no 23 (volume II) du 18 juin 1991,le Conseil fédéral adresse aux Chambres fédérales un Message concernant la modification du code pénal suisse (CP). Il y propose notamment d'inscrire comme nouveaux éléments constitutifs de l'infraction le fait qu'une institution de prévoyance en faveur du personnel donne de faux renseignements. Le contenu de cette disposition est le suivant:.

Art. 326 quater (nouveau)

"Celui qui, en tant qu'organe d'une institution de prévoyance en faveur, du personnel, est tenu de renseigner les assurés ou les autorités de surveillance et donne des renseignements inexacts ou refuse d'en donner, sera puni de l'emprisonnement ou d'une amende".

Comme motif de cette disposition légale, le Conseil fédéral allègue:

> «L'importance de l'obligation de renseigner qui incombe aux institutions de prévoyance en faveur du personnel, en vertu de l'article 89bis, 2^{e} alinéa CC, nous a incités à proposer la création de l'article 326 quater CP-P, afin de sanctionner pénalement la violation intentionnelle de cette obligation. L'article 89bis, 2^{e} alinéa CC contraint les organes des institutions de prévoyance en faveur du personnel, constituées sous forme de fondation, à «donner aux bénéficiaires les ren-

seignements nécessaires sur l'organisation, l'activité et la situation financière de la fondation ». Ces renseignements sont importants à double titre pour le bénéficiaire. En premier lieu, ils peuvent le fonder à demander à l'autorité de surveillance de pouvoir, conformément à l'article 84, 2e alinéa CC, à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination. En second lieu, de tels renseignements peuvent rendre le bénéficiaire attentif au fait que l'article 89bis, 5e alinéa CC lui permet d'exiger en justice des prestations de la fondation. Cette obligation générale de renseigner a été concrétisée à l'article 13, 2e alinéa de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage. En vertu de cette disposition, toute institution de prévoyance est tenue, quelles que soient sa forme juridique et l'étendue de ses prestations, d'informer l'assuré de toutes les possibilités, prévues par la loi et par son règlement, de maintenir la prévoyance en cas de libre passage.

L'article 326quater n'entend pas seulement protéger pénalement le droit du bénéficiaire à être renseigné. Il permet également de poursuivre l'organe d'une institution de prévoyance qui violerait l'obligation légale de renseigner l'autorité de surveillance cantonale ou fédérale. Dans les deux cas, la violation de l'obligation de renseigner peut être commise soit en ne fournissant pas les renseignements voulus, soit en donnant des renseignements contraires à la vérité. La négligence n'est toutefois pas punissable.

Le champ d'application de la disposition est limité aux institutions de prévoyance qui ne sont pas soumises à la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). Il s'agit, d'une part, de celles qui ne sont pas enregistrées et qui ne participent donc pas à l'application de la prévoyance obligatoire au sens de cette loi et, d'autre part, de celles qui, bien qu'enregistrées au sens de l'article 48 LPP, étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales obligatoires prescrites par ladite loi. En effet, les dispositions pénales spéciales des articles 75 à 79 LPP sont applicables aux institutions de prévoyance enregistrées qui fournissent les prestations minimales obligatoires. En tant que loi spéciale, elles priment les normes du code pénal, sous réserve des exceptions expressément prévues. Ainsi, contrairement à certaines critiques ou réserves formulées lors de la procédure de consultation, le nouvel article 326quater ne fait pas double emploi avec l'article 75, chiffre 1, 1er alinéa LPP ; il n'est pas non plus superflu car il permet de corriger une inégalité de traitement entre les institutions de prévoyance régies par les articles 75 ss LPP et celles qui profitent actuellement d'un vide juridique. La notion « d'institution de prévoyance en faveur du personnel», a sciemment été préférée à celle de «fondation de prévoyance en faveur du personnel», de manière à englober les coopératives de prévoyance de droit public qui ont aussi une obligation de renseigner.

Conformément à la disposition, l'auteur de l'infraction ne peut être qu'un organe d'une institution de prévoyance L'article 326quater exclut

ainsi l'employeur, qui a également une obligation de renseigner le travailleur en vertu de l'article 331, 4e alinéa CO, mais qui, lui-même, doit obtenir ces renseignements du conseil de fondation dans lequel siègent également des représentants des employés.

En considération de l'importance que revêt l'obligation de renseigner et des conséquences graves qu'entraîne sa violation, la commission d'experts avait attribué le caractère de délit à cette infraction (art. 154 CP-P) ; elle avait toutefois restreint la sanction à l'emprisonnement pour une année au plus ou à l'amende, étant donné que l'acte punissable se limite à la violation d'une obligation de renseigner. Cette sanction a soulevé diverses objections lors de la procédure de consultation. Certains ont estimé cette limitation injustifiée, vu le rôle social important joué par les institutions de prévoyance. D'autres ont trouvé la peine trop élevée ou ont réclamé une harmonisation des peines avec les articles 75 ss LPP. La doctrine a également considéré la peine envisagée comme excessive. Lors des discussions relatives à la nouvelle norme pénale, la commission d'experts n'a en fait pas tenu compte de l'article 75, chiffre 1, 1er alinéa LPP, qui est le pendant de l'article 326quater pour les institutions de prévoyance soumises à cette loi spéciale. Or, l'infraction prévue dans cette disposition constitue non pas un délit, mais une contravention passible des arrêts ou de l'amende jusqu'à cinq mille francs. Il en résulte une disparité injustifiée au niveau des peines. Il n'y a en effet pas de raison de prévoir deux sanctions différentes pour deux infractions semblables. Cela créerait une inégalité de traitement inadmissible entre les institutions de prévoyance, selon qu'elles sont ou non soumises à l'article 75, chiffre 1, 1er alinéa LPP. Nous vous proposons dès lors de punir des arrêts ou de l'amende l'organe d'une institution de prévoyance en faveur du personnel qui viole son obligation légale de renseigner. En tant que contravention, cette infraction ne peut, contrairement à ce qu'avait prévu la commission d'experts, figurer au titre deuxième, parmi les infractions contre le patrimoine. Elle a donc été transférée à l'article 326quater nouveau, qui s'insère dans le titre dix-neuvième relatif aux contraventions à des dispositions du droit fédéral. »

115 La valeur de remboursement lors de la dissolution par une institution de prévoyance du contrat collectif d'assurance

Selon les statistiques des caisses de pension 87, plus de 2'300 institutions de prévoyance ont conclu des contrats collectifs avec des institutions d'assurance-vie qui transfèrent à la société concernée non seulement le risque actuaire d'invalidité et de décès prématuré, mais également le risque longévité de l'assuré et doivent, en contre-partie, verser les primes correspondantes. Pour ces dernières, la réglementation des valeurs de remboursement, que l'on considère actuellement à plusieurs égards comme problématique, présente un intérêt particulier.

L'on sait que la configuration des primes dans le domaine de l'assurance collective est déterminée par le tarif collectif 84 (TC 84) autorisé par l'Office fédéral des assurances privées. Selon ce tarif, une institution de prévoyance peut, sous certaines conditions, procéder, lors du calcul des valeurs de remboursement, à des déductions de ce que l'on appelle le capital de couverture d'inventaire. Il est prévu deux sortes de déductions. D'une part, on procède à une déduction du contrat, s'agissant du taux d'intérêt, lorsque la dissolution se produit à un moment défavorable, c'est-à-dire lorsque, en raison d'une hausse des taux d'intérêt, le cours des papiers-valeurs a baissé. On veut éviter ainsi que la dissolution du contrat collectif n'entraîne un préjudice pour les assurés restant dans l'institution. La deuxième déduction doit compenser les frais non amortis de la conclusion du contrat. Cette déduction est autorisée lorsque l'institution de prévoyance résilie le contrat collectif dans un délai de 10 ans à dater de la conclusion du contrat; plus la durée du contrat a été courte, plus cette déduction est grande. Toutefois, les deux déductions ne doivent pas dépasser au total 8 pour cent du capital de couverture d'inventaire.

Diverses institutions (pour la plupart des institutions collectives) et les employeurs qui leur sont affiliés ont qualifié cette réglementation de choquante; toutefois, nulle administration cantonale ou fédérale n'a déposé de recours ou plainte à ce sujet pour l'instant. On attend plutôt qu'une autorité de surveillance - en l'occurrence l'OFAS, en tant qu'autorité de surveillance pour les institutions collectives exerçant leurs activités dans l'ensemble de la Suisse - veille au changement dans le sens souhaité.

L'ensemble des problèmes évoqués doit être jugé en premier lieu à la lumière de la prévoyance professionnelle et en particulier sous l'angle de l'obligation au sens de la LPP. Ce faisant, la première question fondamentale qui se pose est celle de savoir qui, dans le contexte du Deuxième pilier, doit remplir quelles tâches vis-à-vis de qui. Il est incontestable que l'institution de prévoyance est l'organe central. C'est elle qui est avant tout responsable de la réalisation de la prévoyance professionnelle conformément à la loi. Elle seule doit fournir aux assurés les prestations légales et réglementaires, c'est elle qui donne à l'office de contrôle et aux experts mandat d'effectuer les examens annuels ou périodiques à l'intention de l'autorité de contrôle et enfin c'est elle qui confie, si c'est nécessaire, l'administration de sa fortune à une institution de placement ou la couverture de certains risques à une institution d'assurance. Toutes ces relations de droit servent en dernier lieu à l'institution de prévoyance à fournir des prestations à ses assurés conformément au règlement et en temps voulu.

Il est évident que, en raison de cette structure des rapports de droit, l'institution de prévoyance doit planifier son organisation et son financement de façon à pouvoir assumer les tâches découlant de la loi et du contrat et à prendre conscience des droits qui lui sont dus. Toutefois, elle dispose d'une grande marge de manœuvre dans ce cadre. Cela ne dépend que d'elle et de certaines circonstances si elle veut être autonome, semi-autonome ou entièrement assurée. Aucune norme légale excepté l'article 43 OPP 2 concernant l'obligation pour l'institution de prévoyance d'assumer elle-même la couverture des risques en cas d'un nombre trop petit d'assurés actifs - ne la contraint à adopter un plan défini d'organisation ou de financement. L'article 49 alinéa 1 LPP accorde expressément à l'institution de prévoyance cette liberté, s'agissant de l'organisation et du financement.

Si l'on reporte ces principes sur le problème des valeurs de remboursement mentionné plus haut, l'on doit en conclure qu'il incombe à l'institution d'assurance par contrat, au sens du TC 84, de procéder à des déductions du capital de couverture de l'inventaire du montant prévu par ce tarif, si les conditions nécessaires sont remplies. Lors de la conclusion du contrat collectif d'assurance, l'institution de prévoyance doit informer sa partenaire de contrat de cette possibilité, elle y consent même par le contrat, ce en quoi le droit de procéder à des déductions constitue une part de l'accord. Connaissant cette situation juridique, l'institution de prévoyance doit prendre des dispositions qui lui permettent de remplir les obligations de verser des prestations réglementaires et légales (notamment dans les institutions enregistrées). Dans ces rapports de droit, l'institution d'assurance n'a donc qu'un rôle de "fournisseur" qui doit payer à l'institution de prévoyance les prestations promises selon le contrat collectif, afin que cette dernière puisse à son tour fournir aux assurés les prestations dues selon le contrat de prévoyance. On trouve une structure et un rôle analogues également en ce qui concerne les fondations de placement chargées par les institutions de prévoyance de placer leur fortune.

Une situation et une problématique particulières se présentent pour les institutions qui ne réalisent que le minimum légal selon la LPP. Si l'une de ces institutions résilie le contrat collectif avec une institution d'assurance à un moment "défavorable", la déduction du capital à laquelle elle procède peut diminuer le montant de l'avoir de vieillesse. Mais là aussi, l'institution de prévoyance doit prendre les devants en constituant une réserve qui permettra de combler les vides ainsi créés.

Par ailleurs, le TC 84 a été modifié en fonction des conclusions d'un groupe de travail des milieux concernés dirigé par l'OFAS (institutions de prévoyance et d'assurance, OFAP, experts) de manière à ce que les institutions d'assurance renoncent aux déductions dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle vis-à-vis des institutions collectives qu'elles ont créées lorsque les conditions du contrat sont remplies de la part de l'institution de prévoyance.

116 Ouverture de la procédure de consultation relative à l'encouragement de la propriété du logement dans la prévoyance professionnelle

Lors de sa séance du 26 juin 1991, le Conseil fédéral a décidé de procéder à une consultation relative au rapport sur la nouvelle réglementation de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. Celle-ci durera jusqu'à fin septembre 1991.

Dans son introduction, ce rapport présente les différentes possibilités d'encouragement de la propriété du logement dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Sur cette base, on a élaboré un projet de révision du droit en vigueur qui renferme à deux points de vue une amélioration de l'encouragement à la propriété du logement:

Il s'agit d'abord de lever l'interdiction de mise en gage du capital assuré en vigueur jusqu'ici. L'assuré pourrait ainsi désormais céder l'ensemble de son capital de libre passage de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (à l'exception de l'avoir de vieillesse maximal obligatoire l'âge de 50 ans) à titre de garantie en faveur d'un créancier. L'amélioration qualitative (extension de la possibilité de mise en gage à toutes les prestations de prévoyance) et quantitative (extension de la possibilité de mise en gage à la prévoyance professionnelle hors-obligatoire) permet aux assurés de réduire leur charge hypothécaire ou d'obtenir soit l'abandon soit l'ajournement de l'amortissement d'un prêt. Il faut en second lieu instaurer les fondements légaux autorisant l'assuré à utiliser les fonds de la prévoyance (dans les limites de leurs droits aux prestations de libre passage) sous forme de prêt destiné à la propriété de son logement avant la survenance d'un cas de vieillesse, invalidité ou décès. Si l'assuré ne l'a pas remboursé, ce paiement anticipé sera déduit de la prestation de prévoyance elle-même. Pendant les dix premières années, l'assuré a droit à un taux d'intérêt de 3/4 % inférieur à celui des prêts hypothécaires de la banque cantonale du lieu où est domiciliée l'institution de prévoyance. Les intérêts débiteurs découlant du paiement anticipé peuvent être ajournés tout en étant quand même soustraits du revenu de l'assuré lors de chaque période de taxation fiscale. Les fonds retirés de manière anticipée ne sont soumis à l'impôt qu'au moment où la prestation de prévoyance devient exigible.

Ces dispositions limitent certes quelque peu l'autonomie des caisses de pensions en matière de placements, mais dans une proportion tout à fait défendable.

117 Révision du droit concernant les fondations

Le Département fédéral de justice et de police s'est saisi de la révision du droit concernant les fondations dans le Code civil suisse. Ainsi qu'on le sait, c'est le problème de la fondation de prévoyance du personnel, c'est-à-dire des institutions collectives et communes, qui en est à l'origine. Les problèmes qui se présentent en l'occurrence et les possibilités de les résoudre sur le plan législatif sont analysés par l'Office fédéral des assurances sociales. On examine la possibilité de codifier dans le cadre de la première révision de la LPP ces types de fondations qui n'ont été jusqu'à ce jour que de fait et non légales.

118 Prolongation du droit à la rente d'orphelin d'un assuré invalide après l'âge de 18 ans

(Art. 22 al. 3 let. b LPP)

En vertu de l'article 22 alinéa 3 LPP, le droit aux prestations pour orphelin s'éteint, entre autres, lorsque ce dernier atteint l'âge de 18 ans. En vertu de la lettre b de la disposition précitée, il subsiste jusqu'à l'âge de 25 ans au plus tant que l'orphelin invalide à raison des deux tiers au moins, n'est pas encore capable d'exercer une activité lucrative.

Lors de l'examen de certains règlements d'institutions de prévoyance soumises à la surveillance de notre office, nous avons été confrontés à la question de savoir si une invalidité survenue après l'âge de 18 ans donne encore droit à une rente d'orphelin. Cette problématique résulte du fait que l'on retrouve parfois dans les règlements de caisse une disposition qui reprend pour ce qui est du droit à la prestation d'orphelin la formulation contenue dans le "tarif 1984" des assurances collectives en vertu de laquelle la rente d'orphelin continue à subsister au-delà de l'âge de 18 ans (parfois 20 ans) pour les orphelins invalides qui l'étaient déjà pour la même cause avant leur 18 ou 20ème anniversaire. Cette réglementation part de l'idée que le droit à la rente d'orphelin ne peut être prolongé que s'il existait auparavant et que, par conséquent, une invalidité survenue après l'âge-terme de 18 ans ou qui resurgit pour une cause différente de celle qui est à l'origine de la première invalidité ne peut donner droit à une rente. Cette interprétation n'est, à notre avis, pas conforme à l'article 22 alinéa 3 LPP. Cela pour les raisons suivantes:

- Outre le cas de l'orphelin invalide, la LPP prévoit également un autre cas de prolongement de la rente d'orphelin après l'âge de 18 ans jusqu'à l'âge de 25 ans au plus. C'est celui où l'orphelin fait un apprentissage ou des études. Comme il ressort des travaux préparatoires, le législateur a voulu ainsi s'adapter à la réglementation de la LAVS (art. 25 et 26 LAVS) et sur celle de l' assurance-accident (art. 30 al. 3 LAA). La pratique reconnaît tant dans l'AVS que dans la LAA que le droit aux prestations d'orphelin subsiste si ce dernier fait des études ou un apprentissage après l'âge de 18 ans ou les termine après cet âge. Ainsi, le droit aux prestations n'est pas subordonné à la condition qu'à l'âge de 18 ans, l'orphelin soit en cours de formation ou qu'il exerce la même formation professionnelle après cet âge. Si l'on applique par analogie ces considérations à l'orphelin invalide, il n'y a aucune raison de faire dépendre le droit aux prestations selon que l'invalidité soit survenue

avant ou après l'âge-terme de 18 ans, étant bien entendu que ce droit cesse à l'âge de 25 ans.

- Des cas peuvent également se présenter où une personne est en mesure de réadaptation avant l'âge de 18 ans, puis, les mesures de réadaptation ayant échoué, devient invalide au sens de l'AI après cet âge. Il serait choquant, en pareil cas, de le priver d'une prestation d'orphelin dont il aurait besoin pour compléter la rente AI. On constate donc que le législateur en formulant l'article 22 alinéa 3 LPP, n'a pas seulement pensé aux invalides de naissance et aux personnes devenues invalides au cours de leur enfance.

- On pourrait également se poser la question de savoir si le fait de distinguer l'invalidité suivant qu'elle soit survenue avant ou après l'âge de 18 ans ne constituerait pas une inégalité de traitement entre assurés.

119 L’organisation de la Division prévoyance professionnelle (biffé)

(Contient des informations qui ne sont plus actuelles sur l’organisation interne de la prévoyance professionnelle).

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 20

du 30 décembre 1991

TABLE DES MATIERES

120 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1992

121 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité à l'évolution des prix au 1er janvier 1992

122 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP

123 Jurisprudence: La notion de droit acquis

124 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative

125 Jurisprudence : Droit acquis concernant les prestations de libre passage

126 Résiliation des contrats d'affiliation (en allemand)

126bis Informations diverses

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

120 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1992

(Art. 2, 7, 8, 46 LPP, Art. 7 OPP 3)

En date du 16 octobre 1991, le Conseil fédéral a adopté l'Ordonnance 92 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle qui entrera en vigueur le 1er janvier 1992. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP habilite le Conseil fédéral à adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS. Comme la rente AVS mensuelle passera le 1er janvier 1992 de 800 à 900 francs, il s'agit de tenir compte de cette augmentation et d'adapter en conséquence les montants-limites dans la prévoyance professionnelle. Cette mesure a essentiellement pour but de poursuivre la coordination entre le premier et le deuxième pilier.

Les montants-limites s'élèveront dès le 1er janvier 1992 à:

a. Pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (Art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	21'600 Fr.
- Déduction de coordination (Art. 8 al. 1 LPP)	21'600 Fr.
- Limite supérieure du salaire annuel (Art. 8 al. 1 LPP)	64'800 Fr.
- D'où, salaire coordonné maximum	43'200 Fr.
- Salaire coordonné minimum (Art. 8 al. 2 LPP)	2'700 Fr.

L'OFAS va publier, comme déjà au cours des années précédentes, une table avec des exemples d'application pour les années 1992 et 1993, destinée au calcul de la bonification complémentaire unique en faveur de la génération d'entrée. Cette publication peut être obtenue auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne (no de commande 318.762.92/93).

b. Pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP 3 n'a subi aucune modification formelle, étant donné qu'elle exprime en pour-cent la déduction à laquelle le salarié a droit. La modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a ci-devant a pour effet d'augmenter comme suit, dès le 1er janvier 1992, les montants-limites supérieurs applicables dans la prévoyance individuelle liée (pilier 3a):

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP 3) 5’184 francs

- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP 3) au maximum 20 % du revenu, au plus 25'920 francs

121 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité à l'évolution des prix au 1er janvier 1992

(Art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité selon le régime obligatoire LPP doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans et par la suite en principe au rythme de celui de l'assurance-accidents, tous les deux ans.

Dès le 1er janvier 1992, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1988** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **15,9 %.**

Les **adaptations subséquentes** intéressent d'une part les rentes qui ont déjà été adaptées au renchérissement au 1er janvier 1990. Celle-ci doivent être à nouveau augmentées de 12,1 % au 1er janvier 1992. D'autre part, les rentes qui ont été adaptées pour la première fois le 1er janvier 1991 après l'expiration du délai de 3 ans doivent aussi être augmentées le 1er janvier 1992 de **5,7%.**

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

122 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP pour 1992

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation de 0,04 pour cent de la somme des salaires coordonnés.

Le fonds de garantie LPP est une fondation de droit public de la Confédération. Ses tâches principales sont l'octroi de subsides aux institutions de prévoyance qui lui sont affiliées et dont la structure d'âge est défavorable ainsi que la garantie des prestations légales dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Le fonds est financé conformément à l'article 59 LPP et à l'article 4 alinéa 1 OFG 2 par les cotisations des institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle.

Selon l'article 4 alinéa 3 OFG 2, les cotisations versées au fonds de garantie s'élèvent à 3 pour mille au plus de la somme des salaires coordonnés assurés dans le cadre d'une institution de prévoyance. Selon l'article 4 alinéa 3 OFG 2 et l'article 3 alinéa 1 du règlement des cotisations et des prestations de la Fondation "Fonds de garantie LPP" du 23 juin 1986, le Conseil de fondation fixe chaque année, sur proposition de son organe de direction, le taux des cotisations en tenant compte des dépenses prévues et le soumet à l'approbation du Conseil fédéral.

Le Conseil fédéral justifie sa décision d'approuver le taux des cotisations appliqué jusqu'à présent par le fait que les cotisations encaissées tout comme les paiements de subsides et les prestations d'insolvabilité auraient évolué comme prévu pendant l'exercice et qu'il n'était donc pas nécessaire de modifier le taux des cotisations en vigueur depuis 1990.

123 Jurisprudence: La notion de droit acquis
(A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 août 1991 dans la cause P. contre caisse de pension des employés du Tessin)

(art. 13 al. 1 et 2,; art. 91 LPP; art 4 cst.)

L'assuré, employé du canton du Tessin, est affilié à la Caisse de pension de cette institution. A l'époque de son engagement, la Caisse de pension comportait une disposition relative à la mise à la retraite en vertu de laquelle il fallait avoir atteint l'âge de 60 ans et totalisé au moins 40 années de service. Par la suite, cette disposition a été modifiée et il fallait avoir atteint l'âge de 65 ans ou bien totaliser 40 ans de service. Suite à une fusion entre cette caisse et une autre caisse cantonale, il y a eu quelques modifications en particulier concernant l'âge de la retraite. On est revenu au système selon lequel l'assuré pouvait partir à la retraite s'il avait atteint l'âge de 60 ans et qu'il totalisait au moins 40 années de services. Cette modification a par la suite été entérinée par une modification de la loi relative à la caisse de pension du canton du Tessin (loi cantonale), qui a repris la disposition telle quelle.

En revanche, avec cette modification, il a été précisé que les nouveaux montants des salaires assurés ne pourraient pas être inférieurs à ceux qui étaient valables précédemment, et que **les droits acquis sous l'ancien droit sont intégralement maintenus;** les prestations payées antérieurement ne sont pas modifiées par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais elles sont revalorisées. Pour le surplus, toutes les éventualités couvertes par la caisse qui se réaliseront après l'entrée en vigueur de la loi seront réglées par les nouvelles normes. En d'autres termes, les droits acquis sous l'empire des législations antérieures sont respectés, alors que la réalisation des risques assurés est soumise au nouveau droit.

L'intéressé, lui, se fondant sur la garantie des droits acquis, a demandé de pouvoir bénéficier d'une retraite se basant sur l'ancien droit à la retraite fondé sur l'accomplissement de 40 ans de service ou la limite d'âge de 65 ans. La Caisse a refusé sa mise à la retraite, motifs pris qu'il devait cumuler les conditions d'âge et de durée de service. Elle se fondait, pour cette décision, sur les nouvelles normes juridiques. Dans son recours au Tribunal fédéral, l'assuré demande à pouvoir bénéficier des droits acquis.

Le Tribunal fédéral se penche sur la question des droits acquis en matière de contestation pécuniaire. D'après le Tribunal fédéral, selon une jurisprudence récente, **les prétentions pécuniaires des fonctionnaires ne deviennent nullement des droits acquis**. Le rapport de service, en ce qu'il revêt un caractère de droit public, est soumis à la législation qui s'y rapporte ainsi qu'à l'évolution de celle-ci, pour ce qui est des aspects patrimoniaux. **Les prétentions de salaire et les prétentions relatives à la pension peuvent constituer des droits acquis seulement dans la mesure où la loi définit les rapports une fois pour toutes et les soustrait aux effets de l'évolution de celle-ci, ou bien lorsqu'il s'agit de garantie donnée en relation avec un rapport de service unique** (référence à l'ATF 107 la 194 consid. 3a, 106 la 166 consid. la, 101 la 445 consid. 2a).1

Ces deux hypothèses ne se réalisent pas dans la présente affaire. Les droits d'un fonctionnaire qui atteint l'âge pour obtenir une retraite anticipée ne font pas partie des droits qui peuvent être considérés comme des droits acquis. En particulier, le Tribunal fédéral admet que le législateur puisse modifier, sans tomber dans l'arbitraire ou la violation du principe de l'égalité de traitement, les droits pécuniaires des fonctionnaires.

Dans le cas d'espèce, cependant, à la suite des différentes modifications de cette loi, il se pose la question de savoir si l'introduction des critères cumulatifs serait arbitraire ou violerait le principe de l'égalité de traitement. Dans cette même modification, il a été introduit le principe d'un pensionnement anticipé pour tous les employés de l'Etat en substituant aux critères alternatifs (65 ans d'âge **ou bien** 40 ans de service) le critère cumulatif de 60 ans d'âge **et** 40 années de service. Il y a eu, d'après le Tribunal fédéral, une discrimination pour les fonctionnaires qui passent avant leur 60ème année à 40 ans de service mais d'un autre côté, il y a eu une mesure de faveur pour ceux qui auraient eu 40 ans de service entre leur $60^{ème}$ et $65^{ème}$ anniversaire. Le Tribunal fédéral admet en substance, qu'indépendamment de problèmes pécuniaires que soulève cette réglementation, l'on ne peut conclure que la modification législative introduite qui a limité certains droits pour en étendre d'autres puisse être considérée comme de l'arbitraire ni violer le principe de l'égalité de traitement. Par conséquent les droits acquis ne sauraient être sauvegardés en l'espèce.

124 Jurisprudence: Versement en espèces de la prestations de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative.

(A propos de l'arrêt du TFA du 22 août 1991, dans la cause V.) (Art. 30 al. 2 lettre b LPPj art. 331c al. 4 lettre b ch. 2 COi art. 7 al. 2 lettre b ch. 2 de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance)

Dans un article paru dans le bulletin de la prévoyance professionnelle No 11, sous chiffre 59, et repris dans la RCC 1989, p. 151, l'OFAS partait du principe que le versement en espèces de la prestation de libre passage à un indépendant qui démissionne d'une institution de prévoyance ne peut intervenir qu'à la condition que sa situation économique s'apparente à celle d'un salarié qui s'établit à son compte. Une telle situation ne se présente que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative indépendante qui n'a plus aucun lien avec celle qu'il a exercée jusqu'alors. Le TFA dans la cause citée en exergue ne partage pas ce point de vue et, pour les raisons

qui sont reproduites ci-après, estime que cette théorie se fonde sur une interprétation erronée de la loi.

Ce qui caractérise l'indépendant du salarié c'est précisément le fait qu'il exerce une activité lucrative à son propre compte et non pour le compte d'un employeur. Dès lors, un indépendant affilié à une institution de prévoyance que ce soit à titre obligatoire ou facultatif ne peut jamais se trouver dans la situation envisagée par les dispositions légales citées ci-dessus, qui lui sont donc inapplicables, même par analogie.

D'autre part, le besoin de protection sociale qui est à l'origine des restrictions au droit des assurés de disposer du montant de la prestation de libre passage sous la forme d'un paiement en espèces n'existe pas à l'égard de l'indépendant qui met fin au rapport de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance. C'est en tout cas ce qu'il faut déduire logiquement du fait que le législateur a précisément voulu faire une exception au principe du non-versement en espèces de la prestation de libre passage dans le cas du salarié qui devient indépendant et cesse d'être soumis à l'assurance obligatoire. Cette double exigence est toujours réalisée par l'indépendant qui s'affilie à titre facultatif à une institution de prévoyance et elle le reste quand il décide de mettre fin à son affiliation.

On doit dès lors conclure qu'il n'existe aucune restriction légale au droit d'un indépendant assuré à titre facultatif d'exiger le paiement en espèces de sa prestation de libre passage lorsqu'il décide de mettre fin à son assurance facultative. Il ne saurait dès lors être question d'une quelconque inégalité de traitement entre l'assuré salarié et l'assuré de condition indépendante puisque c'est justement cette différence de statut qui justifie, selon la volonté du législateur, le versement en espèces de la prestation de libre passage à la fin du rapport de prévoyance.

125 Jurisprudence: Droits acquis

(A propos de l'arrêt du TFA du 27 mai 1991 en la cause W.) Art. 91 LPP; art. 331b CO; art. 89bis al. 6 CCS)

Dans le cas présent, l'assurée estime avoir droit aux prestations de libre passage selon l'ancien règlement plus avantageux, en vigueur jusqu'à la fin de 1984. De 1973 à la fin du mois de juillet 1984, elle était employée dans l'entreprise en question qui a constitué au 1er janvier 1985, en matière de prévoyance professionnelle une autre fondation couvrant le minimum requis par la LPP. Vers cette date, la fondation de prévoyance en faveur du personnel déjà existante mais pas encore enregistrée, a été révisée et, entre autres modifications, le barème de libre passage commence désormais après la 5e année de cotisation, avec une majoration de 15 pour cent (contre 25% dans l'ancien règlement). L'assurée était affiliée aussi bien à la caisse LPP qu'à la fondation de prévoyance en faveur du personnel, non enregistrée.

Il était incontesté, lors de la résiliation du rapport de travail, que le montant de l'avoir de vieillesse acquis par l'assurée lui revient, dans le cadre de l'engagement, selon l'art. 28 al. 1 de la LPP.

La question était cependant de savoir quel règlement devait être appliqué pour la prestation de la fondation de prévoyance en faveur du personnel. D'après le calcul de l'ancien règlement, la prestation de libre passage est incontestablement plus élevée. Le règlement modifié, passé formellement en force de chose jugée au 1er janvier 1985, est cependant appliqué rétroactivement au préjudice de l'assurée, si aucun droit acquis ne s'oppose à la nouvelle réglementation sur le libre passage, ce qui a été nié ici.

La garantie des droits acquis fixée dans la LPP (art. 91) ne s'applique pas ici, puisque cette institution revêt la forme d'une fondation de prévoyance non enregistrée, pour laquelle seules les disposition de la LPP citées dans l'article 89bis al. 6 du CCS ont une valeur impérative; sont applicables entre-temps les dispositions du Code des obligations, qui prévoient dans le cas des institutions de prévoyance en faveur du personnel que lors de la cessation du rapport de travail, le travailleur a droit a une prestation de libre passage correspondant au moins aux montants versés, déduction faite du montant destiné à la couverture des risques pendant la durée du rapport de travail. Si les cotisations ont porté sur cinq années ou davantage, la créance du travailleur comprend une part équitable, eu égard aux années de cotisations, de la réserve mathématique calculée au moment où le contrat prend fin (art. 331b al. 2 CO). L'institution de prévoyance doit fixer dans son règlement le montant auquel s'élève la créance du travailleur (art. 331b al 3bis CO). Ces dispositions ont un caractère relativement coercitif et ne peuvent pas être modifiées au préjudice du travailleur.

Les dispositions légales coercitives valent comme droits acquis et ne peuvent être retirées au destinataire. La seule obligation dans le cas présent réside dans le droit fondamental au libre passage, le droit à une créance correspondant au moins à ses propres contributions conformément à l'article 331b du CO et, dans le cadre de cette disposition, au barème mobile de libre passage en découlant pour le calcul de la participation de l'employeur. En règle générale, aucune valeur précise ne découle de la loi et, par suite, aucun droit acquis, pour la calculation des prestations de libre passage. Les limites fixées par le règlement ne deviennent droit acquis que si le barème existant est déclaré immuable en vertu du règlement. En outre, les droits acquis peuvent prendre naissance dans la pratique, lorsqu'ils sont basés sur une garantie spéciale qui doit être respectée selon le principe de la bonne foi.

Pour des raisons de rationalisation du travail, l'OFAS ne rédigera plus à l'avenir la totalité de ses bulletins en allemand et en français. Il faut plutôt se rallier à l'idée - en usage également pour les périodiques spécialisés privés - d'un texte rédigé dans la langue maternelle de l'auteur accompagné d'un résumé de l'essentiel traduit dans l'une des principales langues officielles en Suisse.

126 Die Auflösung von Anschlussverträgen

Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) hat am 5. Dezember 1991 mit den von ihm beaufsichtigten Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen das Problem der Auflösung von Anschlussvertragen bzw. der Teilliquidation von Vorsorgestiftungen diskutiert. lm Zentrum einer Arbeitstagung stand der Entwurf des BSV für eine

Weisung an diese Einrichtungen bzw. an die von ihnen beauftragten Kontrollstellen.

Diese mit den unmittelbar Betroffenen besprochene Weisung wird die bisherige in derselben Materie erlassene Weisung vom 1. Juli 1988 ablösen. Dabei wird nicht mehr das Verfahren bezüglich der Kontrolle der rechtmässigen Auflösung des Anschlussvertrages, sondern vielmehr der Inhalt und Umfang der durch die Kontrollstelle zu prüfenden Bereiche bei Vertragsauflösung bzw. Teilliquidation der Einrichtung umschrieben. Sowohl die Vorsorgeeinrichtungen wie auch deren Kontrollstellen wissen nun aufgrund dieser Weisungen, welche Gebiete und Punkte bei einer Auflösung des Anschlussvertrages geprüft werden bzw. zu prüfen sind. Damit kann der Kontrollablauf besser vorbereitet, das Verfahren beschleunigt und vereinheitlicht und dementsprechend der notwendige Aufwand gemindert werden.

Mit dieser Weisung gibt das BSV seiner Auffassung Ausdruck, dass in der Zweiten Säule auch nach Inkrafttreten des BVG Aufgaben, die nicht hoheitlich zu erbringen sind, durchaus von den zuständigen Privaten ausgeübt werden können und sollen. Dies trifft namentlich auch für das Verhältnis zwischen dem BSV als Bundesaufsichtsbehörde und den Kontrollstellen der von ihm beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtungen zu. Damit enthebt sich das BSV aber keineswegs seiner Verantwortung als Aufsichtsbehörde. Deren Tätigkeit muss jedoch erst dann in Anspruch genommen werden, wenn die Kontrollstelle bei der Durchsetzung des objektiven Rechts mit ihren privatrechtlichen Mitteln nicht zu Rande kommt.

Die Weisungen werden im Laufe des Frühjahrs 1992 in Kraft treten. Sie können danach bei der Eidgenössischen Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern, bezogen werden.

Resumé: Le 5.12.91, l'OFAS a discuté avec les institutions de prévoyance inscrites dans son registre le projet de directives concernant la résiliation des contrats d'affiliation, respectivement la liquidation partielle. Ces directives règlent le contenu et l'étendue des points que l'organe de contrôle doit examiner lors de la résiliation des contrats. Elles remplaceront celles du 1.7.1988 dans le courant du printemps 1992 et, dès ce moment, les nouvelles directives pourront être obtenues auprès de l'OCFIM, 3000 Berne.

126bis Informations diverses

L'association des rentiers suisses a retiré son initiative populaire munie de 90'000 signatures, quelques jours avant l'expiration du délai pour la récolte des 100'000 signatures, car elle estime la voie parlementaire (motion Weber au Conseil des Etats et motion Dünki au Conseil national) plus appropriée. Cette initiative portait sur une compensation intégrale du renchérissement pour les rentes en cours de la prévoyance professionnelle.

Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'élaborer un message concernant la nouvelle réglementation du libre passage de la prévoyance professionnelle à l'aide du projet y relatif et en tenant compte des résultats de la procédure de consultation et du rapport commun. Ce faisant, il s'agira de coordonner spécialement le texte sur le libre passage avec celui de

l'encouragement à la propriété du logement, sur les plans temporel et technique. Il faudra, en outre, prendre en considération le fait que, pour les assurés jusqu'à l'âge de 45 ans, une meilleure solution que celle prévue par le projet du DFJP est possible dans les institutions à primauté des prestations.

*

En outre, le Conseil fédéral a décidé:

- que les assurés pourront utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle déposés sur un compte ou une police d'assurance pour acquérir la propriété de logements pour leurs propres besoins. Cette disposition doit être réglée au sens d'une mesure d'urgence jusqu'à ce que les dispositions légales y relatives soient en vigueur.

- de ne pas obliger les institutions de prévoyance professionnelle à garantir des prêt hypothécaires en dehors du cercle de leurs assurés,

- d'intégrer au droit ordinaire la réglementation sur l'estimation des immeubles des institutions de la prévoyance professionnelle et des institutions d'assurances, promulguée en 1989 dans le cadre des mesures d'urgence du droit foncier et abrogée entre-temps,

- de clarifier et de faire un rapport établissant si, en ce qui concerne l'application des prescriptions techniques sur le taux d'intérêt minimal, il faut à l'avenir se baser sur le taux nominal au lieu du taux réel.

*

Un groupe de travail du Département fédéral de la justice proposera au Conseil fédéral que les fondations, et par là également les fondations de prévoyance du personnel, soient soumises à la poursuite par voie de faillite selon l'art. 39 LP.

*

Lors de sa séance du 7 octobre 1991, la Commission fédérale pour la prévoyance professionnelle a délibéré au sujet du projet du Département fédéral de l'intérieur sur la réglementation concernant l'encouragement à la propriété du logement dans le deuxième pilier. Elle propose essentiellement au Conseil fédéral de mettre à disposition les fonds de la prévoyance professionnelle au moyen du retrait en espèces garanti par un gage immobilier, pour financer l'acquisition de la propriété de logement. En outre, la Commission a pris connaissance des conceptions de l'Office fédéral des assurances sociales et de l'Office fédéral de la statistique concernant l'évolution de la statistique des caisses de retraite.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 21

du 22 avril 1992

TABLE DES MATIERES

127 La prévoyance professionnelle et l'acquis communautaire

128 Jurisprudence: Age de la retraite différent pour les assurés hommes et femmes et principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

129 Pilier 3a et LP

130 Affaire interne

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

127 La prévoyance professionnelle et l'acquis communautaire

La reprise de l'acquis communautaire, suite à l'adhésion au Traité EEE comporte un certain nombre d'obligations auxquelles la prévoyance professionnelle sera soumise.

En matière de sécurité sociale, deux règlements clés régissent la matière. Mis à part ces deux règlements - les Règlements 1408/71 et 574/72 - il y a une série de directives qui s'appliquent également à la sécurité sociale, et en particulier aussi à la prévoyance professionnelle. Nous tenterons de donner un bref aperçu de la situation comme il suit.

1. Règlements-cadres

Tout d'abord il y a lieu de distinguer, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, entre la LPP minimum obligatoire et la prévoyance plus étendue. L'examen des dispositions du Règlement 1408/71 avec les experts de la communauté nous a permis de conclure que seul le minimum obligatoire tel que prévu par la LPP entre dans le champ d'application de ce règlement. En d'autres termes, en ce qui concerne la prévoyance extraobligatoire, ne rentrent en ligne de compte que certaines dispositions dans la mesure où elles sont régies par la LPP. Il s'agit, en particulier, des dispositions relatives aux organes de contrôle, aux experts, aux placements.

D'autre part, les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes tombent sous une réglementation spéciale de l'acquis communautaire à laquelle tant la LPP minimum obligatoire que la prévoyance plus étendue devront se conformer.

2. Adaptations à prévoir pour la prévoyance professionnelle

Au niveau des **prestations** vieillesse, invalidité et décès, il n'y a en principe aucune incidence sur la LPP. Le système ne devra, en soi, subir aucune adaptation. En effet, d'après le mode de calcul qui est prévu à l'article 46 alinéa 2 du Règlement 1408/71, seul peut être pris en considération le montant effectif qui correspond à la prestation payée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire un calcul comparatif basé sur des différentes périodes d'assurance, étant donné que la LPP n'impose pas de périodes minimales d'assurance pour l'ouverture du droit.

En revanche, il y a certains points qui devront faire l'objet d'une légère adaptation, voir modification de la loi.

- **Poursuite de l'assurance après la fin de la période de travail (art. 47 LPP):** cette disposition prévoit qu'un salarié qui a été assujetti à l'assurance obligatoire pendant au moins 6 mois peut maintenir son assurance auprès de la même institution ou auprès de l'institution supplétive. Cette période de 6 mois est incompatible avec l'article 9 alinéa 2 du Règlement 1408/71, laquelle ne prévoit aucun délai minimal d'affiliation à un régime donné, de sorte qu'il y aura lieu de supprimer cette durée de 6 mois.

- **Surassurance (art. 34 al. 2 LPP; art. 24 OPP 2):** les prestations d'assurances sociales qui sont versées par un organisme assureur, membre de l'espace économique européen ne doivent plus faire l'objet d'une prise en compte totale, mais devront être comptabilisées au même titre que celles qui sont prévues par l'article 34 alinéa 2 LPP, et ne seront réduites que dans la mesure où il y a effectivement surassurance.

- **Paiement en espèces de la prestation de libre passage (art. 30 al. 2 LPP):** la prestation de libre passage ne pourra plus être payée en espèces à une personne qui quitte définitivement la Suisse, mais le territoire de l'EEE. Pour garantir l'égalité de traitement, il y a lieu d'étendre le territoire suisse à celui du Traité EEE. En revanche, pour ce qui est de la prestation payée en espèces à une femme mariée, au sens de la lettre c de l'article 30 alinéa 2 lettre c, ainsi que de l'article 331c alinéa 4 lettre b chiffre 3 CO, il y a lieu de supprimer cette possibilité étant donné qu'elle engendre une inégalité de traitement. Celle-ci doit être conforme aux directives 79/7 ainsi que 86/378 sur l'égalité de traitement, lesquelles fondent leur base juridique sur l'article 119 du Traité de Rome (traité instituant une communauté économique européenne).

En matière de **placements**, il y a lieu de se référer aux directives du conseil no 79/267 (première directive); 90/619 (2ème directive) ainsi que 91/C (troisième directive): directives portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice. La deuxième directive est une modification de la première, et la troisième une modification des deux autres directives. A noter que la troisième directive n'est pas encore entrée en vigueur. Au sens de ces directives, il ne peut y avoir aucune restriction concernant l'accès à l'assurance d'institutions étrangères. Les placements à l'étranger, du moins en ce qui concerne le territoire de l'EEE, devraient également être tout à fait libres. La seule restriction toutefois concerne la sécurité du placement, pour laquelle chaque Etat conserve une certaine latitude pour édicter des dispositions limitatives en vue de garantir la sécurité des placements.

En ce qui concerne **les experts et les organes de contrôle**, les directives précédemment cités impliquent que ces personnes, physiques ou morales, puissent avoir un libre accès au marché suisse. Il y a lieu donc de remarquer qu'un expert, voire un organe de contrôle étranger pourra très bien fonctionner au sein d'une institution de prévoyance suisse. Cependant, là encore, l'Etat en question a toujours la possibilité d'édicter des normes cadres régissant l'exercice de cette profession sur son territoire (exigence d'une formation de base, notamment).

Les **institutions de prévoyance enregistrées** au sens de l'article 48 LPP devront connaître une ouverture à celles des Etats membres de l'EEE: les institutions de prévoyance étrangères qui désirent appliquer la LPP suisse pourront le faire, au même titre qu'une institution suisse enregistrée. Cela découle également de l'application des directives mentionnées ci-dessus.

Dans cet ordre d'idées, il y aura lieu de créer **un organisme de liaison** qui aura pour tâche de fonctionner dans le cadre de la coordination entre le système de l'Etat en cause, en l'occurrence la Suisse, ainsi que celui des autres Etats membres de

l'espace économique européen. Il a été prévu de déléguer cette tâche à l'institution supplétive, en raison de son caractère spécifique.

Egalité de traitement

Les **directives 86/378** ainsi que **79/7 concernant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes** ont immanquablement une conséquence directe sur la prévoyance professionnelle. Ainsi que nous l'avons précisé ci-dessus pour ce qui est du paiement en espèces de la prestation de libre passage, il y aura lieu de réaliser une égalité de traitement progressive concernant d'autres points qui, actuellement, ne trouvent pas encore une application égalitaire. Ainsi, par exemple, il y aura lieu de ramener progressivement l'âge de la retraite entre hommes et femmes à un même niveau dans le cadre de l'assurance obligatoire, mais aussi dans le cadre de l'assurance extraobligatoire. En particulier, il faudra que les règlements des caisses de pension qui contiennent des bases différentes de calcul de prestations, voire des taux de cotisations différents pour hommes et pour femmes s'adaptent à la nouvelle réglementation européenne et prévoient des taux uniformes, même si ceux-ci appliquaient uniquement à la prévoyance extraobligatoire.

3. Conclusions

Nous avons décrit, globalement, quelles seraient les principales conséquences immédiates sur la prévoyance professionnelle du fait de l'adhésion au Traité EEE. Ainsi qu'on a pu le remarquer, celles-ci ne sont pas trop importantes. Certes une adaptation sera parfois nécessaire, ainsi qu'une réalisation du principe de l'égalité de traitement, mais il est à noter que ce dernier devra tôt ou tard, avec ou sans l'EEE faire l'objet d'une réalisation en fonction d'une part de la constitution fédérale et d'autre part de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Par ailleurs, l'adhésion à l'EEE n'imputera pas de changement significatif du système de la prévoyance professionnelle et ne nécessitera pas la mise sur pieds d'une structure commune pour l'adaptation de notre régime à celle des autres Etats membres.

128 Jurisprudence: Age de la retraite différent pour les assurés hommes et femmes et principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

(à propos de l'arrêt du TFA du 17.12.1991 en la cause Z.)
(art. 4, 2e al., cst.)

Un assuré peut-il exiger que son institution de prévoyance lui verse une rente de vieillesse non réduite lorsqu'il 'atteint l'âge de 62 ans révolus, alors même que les statuts de ladite institution ne prévoient d'octroyer de telles rentes aux hommes qu'après que ceux-ci ont atteint 65 ans révolus? Un assuré était d'avis que l'âge de la retraite différent pour les hommes et les femmes, inscrit dans les statuts de l'institution de prévoyance, violait l'article 4, 2e alinéa, cst. et que le juge devait remédier au fait que le législateur s'abstenait de procéder à toute adaptation. L'institution de prévoyance ne contestait certes pas l'interprétation de la norme

statutaire ni son anticonstitutionnalité fondamentale. Elle rétorquait seulement que l'abolition de cette règle inégale ressortissait au législateur et non pas au juge.

Le TFA estime cependant qu'en l'espèce le juge n'est pas compétent pour obvier à cette violation évidente du principe constitutionnel de l'égalité de traitement. Il ajoute que plusieurs aspects dont la multiplicité des règles envisageables ne permettent pas d'aboutir à une solution par la voie d'un arrêt jurisprudentiel. Cela signifie que l'âge de la retraite applicable aux hommes et femmes ne saurait être fixé avant tout à partir du principe de l'égalité de traitement, d'autant plus qu'il s'agit là clairement d'un problème politique. Il est en outre primordial que l'institution de prévoyance concernée fonctionne avec le principe de la primauté des prestations. Ces dernières sont alors déterminées par des avantages concrets dans les statuts. De tels objectifs à atteindre en matière de prestations doivent être garantis et financés, ce qui requiert un programme précis et exhaustif. Un abaissement de l'âge de la retraite aurait cependant des conséquences étendues et obligerait l'institution de prévoyance à réorganiser les fondements de son financement ainsi que les modalités de celui-ci. Ces considérations ont pour conséquence une normalisation sous une forme satisfaisante au plan légal, à savoir par le législateur. De plus, il n'est pas possible de comparer l'affaire en question avec le cas jugé récemment par le TFA qui a accordé une rente de veuf à un assuré - la norme considérée comme étant contraire à la constitution n'ayant pas été appliquée. Le TFA a alors jugé essentiel que le respect du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ne s'accompagnait pas d'un remaniement fondamental de l'institution de prévoyance assujettie, et cela d'autant moins que, selon les statuts, la rente de veuve était déjà prévue en tant que telle.

129 Pilier 3a et LP

Le Tribunal civil de Bâle-Ville a jugé que l'on ne saurait retirer, en vertu de l'article 92, chiffre 13, LP[1], son caractère saisissable à l'avoir épargné par un assuré auprès d'une fondation bancaire ou d'une compagnie d'assurance dans le cadre de la prévoyance individuelle liée[2].

Cet arrêt présente de l'intérêt dans la mesure où il indique[3] que le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite peut appréhender différemment les avoirs de prévoyance acquis dans le deuxième pilier et dans le pilier 3a. Cela peut sembler insignifiant pour une personne assurée dans le cadre du deuxième pilier. Cependant, un assuré sans prévoyance dans le deuxième pilier (il s'agit en général d'indépendants) pourrait ainsi éprouver des difficultés s'il a par exemple constitué sa prévoyance auprès d'une seule fondation bancaire.

En outre, cette situation juridique ne réjouira pas non plus particulièrement les autorités fiscales, leurs droits en matière de taxation du capital de prévoyance en question s'éteignant en effet avec l'utilisation de ce dernier.

---

1 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

2 Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (OPP 3)

3 Conformément à la procédure civile bâloise, il n'existe pas de voie de droit contre cet arrêt, la valeur litigieuse étant minime.

130 Affaire interne

Dans le précédent numéro de notre bulletin de la prévoyance professionnelle (p. 9), nous vous informions, chères lectrices et chers lecteurs, que pour des motifs de disponibilité nous ne pourrions plus traduire la totalité des articles.

Nous avons alors reçu de nombreuses demandes de la part d'organisations renommées établies en Suisse romande qui déploraient cette décision et nous priaient de reconsidérer la question de la traduction intégrale de notre bulletin compte tenu de l'importance que celui-ci présente, surtout pour la Suisse francophone.

A la suite de ces requêtes et eu égard au très grand intérêt manifesté envers le bulletin de la prévoyance professionnelle, nous avons décidé de continuer à en publier une version entièrement en français. Si le texte original est déjà rédigé dans cette langue, il sera, de cas en cas, traduit ou résumé en allemand. Nous espérons qu'ainsi Romands et Alémaniques recevront ainsi une information convenable et d'actualité.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 22

du 26 juin 1992

TABLE DES MATIERES

131 Les conséquences du traité EEE sur le libre passage

132 Statistique des avoirs de libre passage

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

131 Les conséquences du traité EEE sur le libre passage

Vous avez été informés des conséquences du traité EEE dans le secteur de la prévoyance professionnelle par le bulletin no 21 (ch. marg. 127). Entre-temps les questions concernant le

paiement en espèces des prestations de libre passage

se sont accumulées. Les conditions de paiement en espèces mentionnées ci-dessous sont les seules à être touchées par le traité EEE:

a) l'ayant droit quitte définitivement la Suisse

L'article 30 alinéa 2 lettre a LPP sera concerné par la législation applicable dans la CE dans la mesure où, la Suisse sera placée, à l'avenir, sur un pied d'égalité avec les territoires de l'espace économique européen. Il s'ensuit que le paiement en espèces de la prestation de libre passage ne sera possible que si l'ayant droit quitte définitivement l'EEE. En revanche, la disposition figurant à l'article 331c alinéa 4 lettre b chiffre 1 CO, qui a la même teneur, n'est pas concernée puisque le régime extra-obligatoire de la prévoyance professionnelle n'est pas touché par le règlement de la CE No 1408/71.

Comment ces deux dispositions de la LPP et du CO, qui auront, dans le futur, une portée différente seront-t-elles appliquées et coordonnées? C'est en vertu du seul droit suisse que l'on peut répondre à cette question. Pour les institutions de prévoyance enregistrées, les prestations de libre passage continueront d'être calculées sur la base de l'article 28 LPP et pour les autres institutions en se fondant exclusivement sur les articles 331a et 331b CO. Si un assuré fait valoir ses droits au paiement en espèces de sa prestation de libre passage étant donné qu'il quitte définitivement la Suisse, on devra distinguer les cas suivants:

- **S'il s'agit d'une institution de prévoyance non enregistrée** la prestation de libre passage sera payée en espèces comme à l'accoutumée.

- **S'il s'agit d'une institution de prévoyance enregistrée l'on doit considérer** ce qui suit:

  Si l'assuré quitte la Suisse et se rend dans un pays n'appartenant pas à l'EEE, il reçoit la prestation de libre passage en espèces comme jusqu'à présent.

  Si, en revanche, il se rend dans un pays de l'EEE, il doit être procédé comme dans le cas similaire qui faisait l'objet de l'ATF 116 V 106 (voir Bulletin no 17 ch. marg. 107). La prestation de libre passage est divisée en l'occurrence en deux parties, l'une ressortissant au régime obligatoire, l'autre au régime extra-obligatoire. Celle qui est régie par le régime obligatoire selon la LPP (art. 28. al. 1 LPP), c'est-à-dire l'avoir de vieillesse selon la LPP disponible lors du cas de libre passage, ne peut plus être payée en espèces, mais doit être maintenue sous l'une des formes reconnues par la loi - poursuite de l'assurance, compte de libre passage ou police de libre passage - afin de garantir le but de prévoyance (art. 29.

al 3 LPP). Le montant de libre passage restant peut être versé en espèces.

b) Une femme mariée ou sur le point de se marier cesse d'exercer une activité lucrative

L'égalité de traitement entre hommes et femmes prescrite par le droit de la CE concerne **la prévoyance professionnelle dans sa totalité**. Ici également ce sont les deux dispositions de libre passage identiques de l'article 30 alinéa 2 lettre c LPP et de l'article 331c alinéa 4 chiffre 3 CO concernées par la législation applicable dans la CE (règlements de la CE no 79/7 et 86/378) qui sont discriminatoires quant au sexe. C'est pourquoi il est prévu d'abroger ces deux dispositions sans les remplacer et de ne plus autoriser le paiement en espèces de la prestation de libre passage qui en faisait l'objet. Il s'ensuit que celle-ci sera maintenue pour garantir la prévoyance dans l'une des formes reconnues (poursuite de l'assurance, compte ou police de libre passage). Cette solution correspond pleinement aux efforts de la CE et de l'EEE, tout en respectant les intentions du législateur suisse.

c) L'assuré entreprend une activité indépendante

Si un assuré entreprend une activité indépendante sur le territoire de l'espace économique européen (EEE), il peut demander que sa prestation de libre passage lui soit versée en espèces. Les dispositions légales y relatives (art. 30 al. 2 lettre b et art. 331 c al. 4 lettre b chiffre 2 CO) demeurent inchangées. La restriction au paiement en espèces dans le régime obligatoire imposée sous lettre a) ci-dessus ne s'applique pas en l'espèce. En ce qui concerne la prévoyance extra-obligatoire, cette façon de procéder ne joue aucun rôle puisque la prestation de libre passage peut toujours être retirée en espèces si l'assuré quitte la Suisse définitivement.

d) Utilisation pour la propriété du logement

L'assuré qui quitte la Suisse investit fréquemment l'avoir de libre passage qu'il a retiré en espèces dans le financement de son propre logement à l'étranger. D'après la législation actuelle, cette possibilité telle qu'elle a été présentée à la lettre a) sera limitée par l'entrée en vigueur du traité EEE. On travaille pour le moment à un projet de modification de loi (LPP et CO) qui doit permettre d'affecter directement les moyens de la prévoyance professionnelle à l'encouragement à la propriété du logement (voir communiqué de presse de l'OFAS de mars 1992 et le rapport sur le résultat de la procédure de consultation du 19.12.1991). Il est notamment prévu d'accorder la possibilité d'utiliser les fonds de libre passage pour le financement d'un logement servant à ses propres besoins. Si cette éventualité se réalise, ce qui ne devrait être probablement le cas qu'après l'entrée en vigueur du traité EEE, il est évident que le financement pourrait s'étendre à des logements d'assurés se trouvant sur tout le territoire de l'EEE. Ainsi, la restriction au paiement en espèces mentionné à la lettre a) ne s'appliquera plus à ce but.

Entrée en vigueur et procédure d'adaptation

L'autre question qui revient souvent à ce propos est de savoir **à quel moment les adaptations de la législation suisse entreront en vigueur.**

En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, le traité EEE est directement applicable et prévaut sur le droit suisse. Les modifications législatives suisses prendront donc effet immédiatement - autrement dit sans un quelconque délai transitoire - au même moment que le traité EEE.

Lorsqu'il est question des conséquences que pourrait avoir le traité EEE sur le droit suisse, il ne faut pas oublier que ce traité doit encore être ratifié par le Parlement et soumis à la votation populaire pour que son application soit rendue obligatoire en Suisse. Les modifications de la loi suisse mentionnées ci-dessus sont extraites du message du Conseil fédéral. Cependant, comme pour toutes les révisions de loi, le Parlement peut prendre d'autres décisions, mais il n'est pas prévu de référendum en un tel cas.

Vu que ce problème est très actuel, nous prions toutes les institutions de prévoyance placées sous contrôle de l'OFAS, d'informer d'urgence leurs assurés en conséquence. Nous demandons aux autorités cantonales de surveillance de transmettre ce bulletin aux institutions de prévoyance dont elles ont le contrôle et de les charger d'informer les assurés dans ce sens.

132 Statistique des avoirs de libre passage

Se fondant sur l'article 89 alinéa 1 LPP, le Conseil fédéral a ordonné des enquêtes statistiques sur l'état de la prévoyance professionnelle dans son ensemble.

La plus grande partie de la prévoyance professionnelle se déroule par le biais des institutions de prévoyance. Ces dernières sont saisies par la statistique suisse des caisses de pension. Depuis l'introduction de la LPP en 1985, une enquête s'appuyant sur l'exercice comptable 1987 a été menée auprès de toutes les institutions de prévoyance (voir Statistique officielle de la Suisse, fascicule No 285: Statistique suisse des caisses de pension 1987). Une enquête similaire est prévue pour l'exercice comptable 1992. Pour celui de 1989 (voir Statistique officielle de la Suisse, fascicule No 351: Statistique suisse des caisses de pension 1989) et de 1990, des enquêtes partielles ont été effectuées.

Outre les institutions de prévoyance proprement dites, les compagnies d'assurance-vie, les fondations de libre passage, les banques cantonales et les fondations bancaires sont indirectement impliquées dans le secteur de la prévoyance professionnelle. Des polices et des comptes de libre passage (dits avoirs de libre passage) peuvent être constitués auprès de ces institutions. Il n'existe aucune statistique officielle concernant cette partie de la prévoyance professionnelle.

Mais, à l'article 89 LPP, le législateur a prévu les enquêtes statistiques pour l'ensemble de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral a dès lors attribué

un rôle complémentaire à cette partie de la prévoyance professionnelle dans son Ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage. La collectivité est donc en droit d'attendre d'être informée également sur ce secteur de la prévoyance professionnelle. Dans l'Ordonnance du 17 février 1988 sur la statistique des institutions de prévoyance professionnelle, il est en outre stipulé à l'art. 1 al. 2 que les enquêtes statistiques pourront être étendues aux institutions qui n'assument qu'une partie des tâches de la prévoyance professionnelle.

Des banques cantonales, des fondations bancaires ainsi que des institutions d'assurance assument une telle partie des tâches susmentionnées en administrant des capitaux de libre passage. Dans le cadre du catalogue de mesures de droit foncier arrêté par le Conseil fédéral, il devenait impératif de réaliser à court terme une enquête complète sur ces avoirs de libre passage. En raison de l'urgence de la mesure, la statistique y relative ne pouvait avoir d'autre objectif que celui de fournir une vue d'ensemble des avoirs de libre passage actuellement administrés. Nous aimerions ici remercier les institutions qui ont participé à cette enquête pour leur précieuse et diligente collaboration.

Résultats (jour de référence: 31 décembre 1990)

L'enquête réalisée auprès des institutions habilitées à gérer des avoirs de libre passage en vertu de l'art. 2 de l'Ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage a révélé que 63 institutions administraient des avoirs de libre passage; 24 d'entre elles géraient des polices de libre passage et les 39 autres des comptes de libre passage.

Au jour de référence, les avoirs de libre passage se montaient à un total de 5,427 milliards de francs. 38% de cette somme totale était affectée à des polices, le 62% restant à des comptes. On retrouve la même proportion en ce qui concerne le nombre d'avoirs de libre passage: sur un total de 393'416 avoirs, 38% avait pour forme une police et le 62% des autres avoirs était placé sur des comptes. Ces proportions semblables expliquent que le montant moyen des polices (13'719 francs) et celui des comptes (13'839 francs) ne diffèrent que très légèrement. Les tableaux 1-4 montrent comment les avoirs de libre passage étaient répartis entre les institutions en fonction du nombre et du montant. A cet égard, une distinction a été faite entre les institutions gérant des comptes (cf. tableaux 1,3) et les institutions gérant des polices (cf. tableaux 2,4). Le montant global placé sur des comptes (3,380 milliards de francs) est de 65% supérieur à celui qui est placé sur des polices (2,047 milliards de francs). Hormis cela, on note une forte similarité statistique entre les deux catégories d'institutions. Il faudra réaliser d'autres enquêtes par la suite pour savoir s'il en ira de même à l'avenir.

Vu le peu de temps à disposition pour faire cette enquête, les institutions participant à celle-ci n'ont pas toutes été en mesure de fournir des données concernant la répartition des capitaux en fonction du montant de l'avoir de libre passage. Néanmoins, près de 70% de tous les avoirs a pu être pris en considération dans cette enquête que les circonstances ont rendue partielle. De la sorte, les répartitions qui sont reproduites dans le tableau 5 peuvent être considérées comme des estimations fiables des répartitions effectives. Ici également, les répartitions des comptes ne divergent que très peu des répartitions correspondantes des polices.

95% de tous les avoirs ont un montant inférieur à 50'000 francs. Leur valeur globale représente le 56% du montant total de tous les avoirs, lequel est - rappelons-le - de 5,427 milliards de francs; le pourcentage correspondant est de 59 sur le montant total des polices (2,047 milliards de francs) et de 54 sur le montant total des comptes (3,380 milliards de francs). Il est à relever que si le pourcentage des avoirs d'un montant supérieur à 200'000 francs ne représente que le tiers de tous les avoirs, cette catégorie recouvre cependant 10% du montant total.

On ne sait pas par contre combien d'assurés possèdent plus d'un avoir de libre passage. Sur la base des statistiques suisses des caisses de pension, on peut estimer qu'en moyenne un assuré sur sept dispose d'un avoir de libre passage. Cette proportion relativement élevée se réduit cependant fortement si l'on prend en compte non pas le nombre de personnes, mais la fortune que constituent les avoirs de libre passage. Comparés à la fortune du 2e pilier à fin 1990 - quelque 250 milliards de francs -, les 5,4 milliards de francs de fortune des avoirs de libre passage sont plutôt modestes (2,2%).

Tableau 1: Institutions en fonction du nombre de comptes

Nombre total de comptes	Nombre d'institutions	Comptes de libre passage				
		Nombre		Montant (fr.)		
		total	moyen par institution	total	moyen par institution	moyen par compte
1-500	6	1 468	245	35 727 074	5 954 512	24 337
501-1 000	5	4 015	803	54 975 551	10 995 110	13 693
. 1 001-5 000	14	37 775	2 698	565 650 140	40 403 581	14 974
. 5 001-10 000	7	45 718	6 531	567 432 334	81 061 762	12 412
10 001- 20 000	4	65 406	16 352	946 679 270	236 669 818	14 474
20 001- 40 000	3	89 835	29 945	1 209 227 156	403 075 719	13 461
Total	39	244 217	6 262	3 379 691 525	86 658 757	13 839

Tableau 2: Institutions en fonction du nombre de polices

Nombre total de polices	Nombre d'institutions	Polices de libre passage				
		Nombre		Montant (fr.)		
		total	moyen par institution	total	moyen par institution	moyen par compte
1-500	5	1 246	249	21 623 381	4 324 676	17 354
501-1 000	2	1 515	758	15 451 795	7 725 898	10 199
1 001-5 000	9	19 588	2 176	235 911 117	26 212 346	12 044
5 001-10 000	4	23 409	5 852	425 724 617	106 431 154	18 186
10 001- 20 000	2	39 353	19 677	475 526 295	237 798 148	12 085
20 001- 40 000	2	64 088	32 044	872 606 906	436 303 453	13 616
Total	24	149 199	6 217	2 046 914 111	85 288 088	13 719

Tableau 3: Institutions en fonction du montant global des comptes

Montant global des comptes (en millions de francs)	Nombre d'institutions	Comptes de libre passage				
		Nombre		Montant (fr.)		
		total	moyen par institution	total	moyen par institution	moyen par compte
jusqu'à 10	8	3 471	434	40 936 840	5 117 105	11 794
10,0-20	4	4 455	1 114	62 054 938	15 513 735	13 929
20,0-30	5	6 615	1 323	114 914 631	22 982 926	17 372
30,0-40	3	7 562	2 521	110 435 413	36 811 804	14 604
40,0- 50	2	8 924	4 462	88 249 953	44 124 977	9 889
50,0-100	9	48 794	5 422	667 678 314	74 186 479	13 684
100,0-200	2	28 218	14 109	311 129 205	155 564 603	11 026
200,0-300	2	27 447	13 724	421 665 075	210 832 538	15 363
300,0-400	2	42 816	21 408	694 500 000	347 250 000	16 221
400,0-500	2	65 915	32 958	868 127 156	434 063 578	13170
Total	39	244 217	6 262	3 379 691 525	86 658 757	13839

Tableau 4: Institutions en fonction du montant global des polices

Montant global des polices (en millions de francs)	Nombre d'institutions	Polices de libre passage				
		Nombre		Montant (fr.)		
		total	moyen par institution	total	moyen par institution	moyen par compte
jusqu'à 10	7	3 131	447	30 468 692	4 352 670	9 731
10,0-20	4	5 488	1 372	56 352 655	14 088 164	10 268
20,0-30	1	2 069	2 069	27 426 985	27 426 985	13 256
30,0-40	1	4 443	4 443	30 875 349	30 875 349	6 949
40,0- 50	3	7 218	2 406	127 862 612	42 620 871	17 714
50,0-100	2	10 872	5 436	145 252 517	72 626 259	13 360
100,0-200	3	32 043	10 681	433 213 347	144 404 449	13 520
200,0-300	-	-	-	-	-	-
300,0-400	1	19 847	19 847	322 855 048	322 855 048	16 267
400,0-500	2	64 088	32 044	872 606 906	436 303 453	13 616
Total	24	149 199	6 217	2 046 914 111	85 288 088	13 719

Tableau 5: Répartition en fonction du montant de l'avoir

Montant du compte ou selon le cas, Valeur de rachat de la police (en francs)	Comptes		Polices	
	Nombre en % du nombre total	Montant en % du montant global	Nombre en % du nombre total	Montant en % du montant global
jusqu'à 50 000	94,5	54,3	95,3	59, 3
50 001 – 100 000	3,7	19,6	3,3	18,7
100 001 – 200 000	1,4	15,2	1,1	12,1
plus de 200 000	0,4	10,9	0,3	9,9

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 23

Du 20 novembre 1992

TABLE DES MATIERES

133 Modifications de la prévoyance professionnelle VSI

134 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1993

135 L'EEE et la prévoyance professionnelle

136 Conséquences de l'EEE sur la prévoyance professionnelle liée

137 Swaps

138 Financement des cotisations d'employeur et d'employé

139 Des cotisations LPP sont-elles dues sur les indemnités journalières de l'AI?

140 Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

141 Jurisprudence: montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques

142 Jurisprudence: Poursuite de la couverture d'assurance

143 Jurisprudence: De la délimitation entre institutions d'assurance et institutions qui n'ont pas le caractère d'assurance

144 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix

145 Taux de cotisation pour le fond de garantie LPP pour l'année 1993

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

133 Modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(art. 24, 25, 49, 53, 54, 55 et 57 OPP 2)

1. Modification des articles 24 et 25 OPP 2: coordination avec l'assurance accidents et l'assurance militaire

Selon les dispositions légales actuellement en vigueur, l'institution de prévoyance pouvait généralement exclure le versement de prestations de survivants ou d'invalidité lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire était mise à contribution pour le même cas d'assurance (art. 25 al. 1 OPP 2).

Le Tribunal fédéral des assurances a, dans un arrêt du 31 août 1990 (ATF 116 V 189) considéré que cette disposition est contraire au droit fédéral, car dans certains cas l'on s'est écarté du but recherché qui consiste uniquement à éviter que l'ayant droit ne retire des avantages injustifiés par le cumul des prestations.

Il est institué un nouveau principe selon lequel l'institution de prévoyance doit également servir les prestations lorsque l'assurance-accidents ou militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance. L'institution de prévoyance peut cependant réduire ses prestations dans la mesure où la limite de 90 pour cent du gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé est dépassé. En vertu de la nouvelle réglementation, les rentes pour enfant et pour orphelin de l'AVS/AI, de même que la rente complémentaire pour l'épouse sont comptées à part entière, comme pour l'assurance-accidents. Seule la rente pour couple qui correspond à 150 pour cent de la rente simple d'invalidité ne sera prise en considération qu'à concurrence des deux tiers.

2. Modification des articles 49, 53, 54, 55 et 57 OPP 2: dispositions en matière de placement

Les limites de placement (en pour-cent de la fortune) pour les formes de placement ci-dessous sont rehaussées comme il suit:

- de 10 à 25 % pour les actions étrangères et les titres assimilables à des actions;
- de 0 à 5 % pour les placements immobiliers à l'étranger;
- de 30 à 50 % pour la limite globale des placements en actions suisses et étrangères;
- de 20 à 30 % pour la limite globale des placements en monnaie étrangère (actions et créances).

Ainsi, les limites imposées par l'arrêté fédéral du 6 octobre 1989 concernant les dispositions en matière de placement pour les institutions de prévoyance professionnelle et pour les institutions d'assurance qui avaient été abrogées le 28 mars 1991, sont à nouveau en vigueur (à l'exception de la limite pour les biens immobiliers, rabaissée de 50 à 30 %).

Dans la même foulée, deux autres modifications ont été apportées:

- Les valeurs de rachat des contrats d'assurance collective peuvent être à présent également ajoutées à la fortune lors de l'examen des limites de placement;

- Les sociétés d'assurance sont placées sur un pied d'égalité avec les banques, en tant que débiteur: comme ces dernières, elles seront également exclues de la prescription qui autorise que 15 % de la fortune au plus par débiteur soit placée en créances.

Cette révision de l'OPP 2 va permettre d'élargir, dans une notable mesure, les possibilités de placement dans des domaines particuliers. Ce sont les institutions de prévoyance qui finalement décideront, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, de l'ampleur de l'utilisation de ces nouvelles possibilités. La responsabilité leur incombe toujours de veiller en premier lieu à la sécurité des placements et à une répartition appropriée des risques.

Les modifications de l'ordonnance entreront en vigueur au 1er janvier 1993.

134 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1993

(art. 2, 7, 8, 46 LPP, art. 7 OPP 3)

Le 5 octobre 1992, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 93 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1993. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (on parle dans la loi de salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir de cette façon la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Comme la rente AVS mensuelle passera de 900 à 940 francs à partir du 1er janvier 1993, le Conseil fédéral a décidé qu'à la même date, les montants-limites LPP suivants prendront effet:

a. pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46, al. 1 LPP)	22'560 Fr.
- Déduction de coordination (art. 8, al. 1 LPP)	22'560 Fr.
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8, al. 1 LPP)	67'680 Fr.
- D'où salaire coordonné maximum	45'120 Fr.
- Salaire coordonné minimum (art. 8, al. 2 LPP)	2'820 Fr.

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1993. Cette publication peut, dès à présent, être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3000 Berne.

b. pour la prévoyance liée du pilier 3a
La modification des valeurs de référence mentionnées ci-dessus sous lettre a. a pour effet d'augmenter les montants-limites supérieurs applicables dans la prévoyance individuelle liée comme suit:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7, al. 1, let. a OPP 3) 5'414 Fr.
- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7, al. 1, let. b OPP 3) jusqu'à 20 % du revenu provenant d'une activité lucrative, mais au plus 27'072 Fr.

135 L'EEE et la prévoyance professionnelle

(art. 30, 47 et 60 LPP, art. 331 a CO)

Les débats parlementaires concernant les adaptations de la LPP et du CO au droit communautaire (acquis communautaire) dans le cadre de l'EEE ont pris fin. Le Parlement a ratifié toutes les propositions d'adaptation du Conseil fédéral.

La LPP et le CO seront modifiés comme il suit, pour autant que le peuple et les Chambres se prononcent en faveur de l'EEE le 6 décembre et qu'aucun référendum à l'encontre de ces modifications de loi ne soit déposé ou rejeté:

- Paiement en espèces de la prestation de libre passage lorsque l'ayant droit quitte définitivement la Suisse

La prestation de libre passage dans la prévoyance professionnelle minimum obligatoire selon la LPP sera versée en espèces uniquement si l'assuré quitte définitivement le territoire de l'EEE (art. 30 al. 2 let. a LPP). Tant que les conditions pour la libre circulation des personnes ne sont pas remplies, c'est-à-dire pendant un délai de transition de 5 ans au plus, l'ayant droit pourra retirer sa prestation de libre passage comme jusqu'à présent lorsqu'il quitte définitivement la Suisse.

Cette restriction ne concerne pas la prévoyance du régime extra-obligatoire (prévoyance pré- et surobligatoire); dans ce domaine, la prestation de libre passage peut toujours être versée en espèces lorsque l'ayant droit quitte définitivement la Suisse.

- Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme mariée

Le paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme mariée ou sur le point de se marier qui cesse d'exercer une activité lucrative sera supprimé dès l'entrée en vigueur de L'EEE pour l'ensemble de la prévoyance professionnelle, sans délai de transition et sans que cette façon de procéder soit remplacée (art. 30, al. 2, let. c LPP; art. 331a, al. 4, let. b, ch. 3 CO).

- . Continuité de l'assurance

Après la dissolution des rapports de travail, la continuation de l'assurance, à titre facultatif, est possible auprès de la même institution de prévoyance ou auprès de

l'institution supplétive (art. 47 LPP), mais, ce qui est nouveau, sans aucun délai de carence (auparavant 6 mois).

- . Organisme de liaison

Dans le cadre de l'EEE, l'institution supplétive reprend la fonction d'organisme de liaison de la prévoyance professionnelle (art. 60 al. 5 LPP).

136 Conséquences de l'EEE sur la prévoyance professionnelle liée

(art. 3, al. 2 let. d, OPP 3)

La prévoyance professionnelle liée du pilier 3a n'est absolument pas touchée par le droit de la CE qui est en principe prépondérant.

L'unique exception réside dans le paiement anticipé des prestations de vieillesse à une femme mariée ou sur le point de l'être lorsqu'elle cesse d'exercer son activité lucrative. La suppression de cette possibilité sans que cette dernière soit remplacée pour l'ensemble du deuxième pilier a également pour conséquence, dans le pilier 3a, que, dès l'entrée en vigueur de l'EEE, une femme assurée dans la situation précitée ne pourra plus être sûre de toucher à l'avance ses prestations de vieillesse.

En revanche, le paiement anticipé des prestations de vieillesse reste toujours valable lorsque le preneur de prévoyance quitte définitivement la Suisse ou lorsqu'il place les fonds en question dans un logement servant à ses propres besoins.

137 SWAPS

(art. 49 s. OPP 2)

Swap de taux d'intérêt

Un swap de taux d'intérêt est une convention contractuelle entre deux partenaires portant sur l'échange périodique de paiements d'intérêts calculés selon des modalités différentes sur un montant notionnel et pendant une période déterminée (en principe 2 à 10 ans). Normalement l'acheteur d'un tel swap paiera le taux fixe et recevra en contrepartie le taux flottant pour les périodes considérées, les montants notionnels ne sont pas échangés. Toutes les transactions s'effectuent dans la même monnaie.

L'OFAS a autorisé dans le bulletin n° 16 sous la rubrique 98 et sous certaines conditions l'utilisation de telles transactions pour les institutions placées sous sa surveillance. Cependant la troisième condition relative à la résiliation anticipée de la convention swap, a donné lieu à un malentendu manifeste.

Après avoir consulté les milieux spécialisés, il s'est avéré qu'il y avait deux possibilités de dénouement du contrat:

a) Un contrat swap avec possibilité de revendre le swap avant l'échéance, la partie contractante revendant le swap paie ou encaisse la différence escomptée des taux.

b) Dans ce cas un second contrat est effectué entre les mêmes partenaires, portant sur des échéances identiques au contrat de base, afin de neutraliser ce dernier. Les pertes et les profits qui en résultent seront payés immédiatement.

Dans la pratique et en ce qui concerne la gestion de la fortune des institutions de prévoyance seule la solution b) est importante.

De la sorte, la troisième condition dans le bulletin susmentionné peut à cet effet être supprimée.

Autres swaps

Les swaps sont des dérivés financiers, c'est-à-dire qu'ils sont des transactions dérivées d'instruments de base incorporant des taux d'intérêt. Les transactions swaps peuvent être considérées comme des compléments aux transactions des instruments de base. Si ces instruments de base sont autorisés, alors en principe leur dérivé est également admis.

Les opérations de swap doivent être principalement utilisées afin de couvrir les engagements financiers et de se protéger contre les risques de fluctuation des valeurs dus aux variations des taux d'intérêt ou des taux de change.

Cependant, elles peuvent être utilisées également afin d'optimaliser les rendements. Ce type de gestion peut comporter des risques importants, il doit donc être employé avec la plus grande prudence.

En principe, les opérations de swap sont, de l'avis de l'OFAS, compatibles avec les prescriptions en matière de sécurité et de rendement contenues aux articles 71, 1er alinéa LPP et article 50 OPP2, dans la mesure où les exigences suivantes sont. remplies:

- le swap est un dérivé financier issu d'un placement autorisé
- les transactions de swap ne doivent être opérées qu'avec, comme co-contractantes, des banques qui jouissent de la solidité nécessaire, conformément à l'évaluation usuelle dans la branche,
- le contrat swap doit être employé uniquement s'il est couvert: le financement des prestations doit être assuré par l'institution de prévoyance également lors d'évolutions inattendues des marchés. Cela a normalement comme conséquence que la position sur le marché des swaps doit être liée à un avoir ou à un engagement correspondant au montant notionnel,
- l'institution de prévoyance doit donner des informations sur les transactions de swap et leurs résultats dans son rapport annuel et sous la forme appropriée. Les swaps qui n'atteignent pas leur échéance le jour de l'établissement du bilan doivent être inscrits au bilan ou doivent figurer dans son appendice,

- seuls des spécialistes pouvant correctement évaluer les chances et les risques de ces instruments doivent procéder à leur utilisation ou du moins à leur surveillance.

138 Financement des cotisations d'employeur et d'employé

(art. 65 s. LPP, art. 331, al. 3 CO)

Par fortune libre d'une institution de prévoyance, il faut entendre - et cela contrairement au capital de couverture - les avoirs de l'institution de prévoyance qui ne sont pas destinés à couvrir les engagements réglementaires envers les assurés et autres destinataires. Cette fortune libre provient notamment de bénéfices de mutation et d'excédents techniques, en particulier de bénéfices d'intérêts.

Même si elle n'est pas consacrée obligatoirement à la couverture d'engagements, cela ne signifie pas que l'affectation de cette fortune ne soit soumise à aucune règle. En premier lieu, il convient de relever que les institutions de prévoyance ont pour but d'allouer des prestations. Pour autant que les fonds libres ne servent pas à constituer des réserves pour réévaluer les actifs, pour former des provisions techniques ou pour compenser le renchérissement[1],elle est en principe utilisée pour améliorer les prestations.

1. Financement provisoire des cotisations réglementaires

La question se pose de savoir si, certaines années, les fonds libres pourraient être utilisés pour financer une partie des cotisations de l'employeur et des employés. Pour répondre à cette question, il y a lieu de considérer les éléments suivants:

a) Selon l'article 331, al. 3 CO, l'employeur financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément.

   Cette réglementation est entrée en vigueur en même temps que la LPP, soit le 1er janvier 1985. L'OFAS, dans son bulletin n°5 du 1er octobre 1987 (ch. marg.29), a fait remarquer que depuis le 1er janvier 1985, il n'est plus possible de financer les cotisations de l'employeur en les prélevant sur la fortune libre de l'institution de prévoyance.

b) Si les fonds libres sont utilisés pour financer une partie des cotisations, l'employé reçoit alors un salaire augmenté de ce montant et respectivement, les dépenses consacrées par l'employeur à la prévoyance du personnel sont réduites dans une proportion correspondante. De la sorte, l'employé comme l'employeur disposent du montant correspondant et peuvent l'affecter à d'autres buts. Le résultat est le même que si les fonds libres avaient été versés en espèces. Ce faisant, le financement d'une partie des cotisations par prélèvement sur les fonds libres équivaut indirectement à une transgression de l'interdiction de versement en

[1] cf. art. 36 LPP qui préconise d'adapter les rentes de survivants et d'invalidité à l'évolution des prix et à l'institution de prévoyance d'établir, dans les limites de ses possibilités financières, des dispositions en vue d'adapter les autres rentes en cours.

espèces selon les articles 331c CO et 30 LPP ou de l'interdiction du reflux des fonds financiers de l'institution de prévoyance vers l'employeur.

c) Les bénéficiaires de rentes qui, le cas échéant, ont contribué de manière essentielle à la constitution de la fortune libre ne participent pas à l'utilisation des fonds libres si ces derniers sont utilisés par abaisser les cotisations. Pareille utilisation serait donc en contradiction avec le principe de l'égalité de traitement des destinataires dans la plupart des cas où l'on est en présence de rentiers.

Il convient en outre de relever que les bénéficiaires de rentes ne sont que très rarement représentés dans l'organe compétent[2] qui décide de l'affectation des fonds libres et qu'ils n'ont ainsi aucune influence sur cette décision; souvent, ils ne sont même pas au courant de la décision prise concernant l'abaissement des cotisations au moyen des fonds libres.

d) Selon la pratique - incontestée - des autorités de surveillance, lors de la liquidation d'une institution de prévoyance ou d'une caisse de prévoyance, les contributions patronales qui n'ont pas été versées doivent être réclamées par voie de poursuite et cela même si les fonds libres à disposition seraient suffisants pour financer les prétentions des assurés. S'il était en principe permis de financer les contributions patronales en les prélevant sur les fonds libres, cette pratique pourrait être facilement contournée en compensant, peu avant la liquidation d'une institution ou une caisse de prévoyance, les contributions non encaissées avec les fonds libres.

   Les dispositions légales citées et la pratique juridique démontrent que le financement des cotisations réglementaires au moyen des fonds libres de l'institution de prévoyance n'est pas admis.

2. Prise en compte des fonds libres dans le financement

La conclusion susmentionnée vaut-elle pour toutes les formes de prestations de cotisation versées à une institution de prévoyance? Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre

a) un financement provisoire d'une partie des cotisations ordinaires et réglementaires par prélèvement sur les fonds libres conformément au chiffre 1, et

b) un abaissement à long terme des taux de cotisations ordinaires et réglementaires, abaissement rendu possible par le fait que les fonds libres et les excédents auxquels on peut s'attendre à l'avenir sont systématiquement pris en compte dans le financement.

Comme exemple de système de financement tel que défini au point b, on peut prendre une caisse en primauté de prestations dans laquelle l'employeur doit payer, en sus d'une contribution fixe ordinaire, une contribution variable qui couvre la différence entre le capital de couverture exigé et l'état effectif de la fortune. Dans un tel système, les excédents (qui viennent augmenter la fortune disponible) sont

[2] Gestion paritaire dans les institutions de prévoyance enregistrées ou organe auquel participent les travailleurs affiliés à des institutions de prévoyance non enregistrées en vertu de l'article 89 bis, alinéa 3 CC

systématiquement pris en compte dans le financement. Un autre exemple à donner pourrait être celui d'une caisse pour laquelle un expert arrive à la conclusion, sur la base d'une appréciation globale, que le taux actuel de cotisations est trop élevé compte tenu des moyens financiers disponibles et des excédents prévus à l'avenir pour atteindre les prestations promises et demande par conséquent à l'organe compétent en la matière d'abaisser le taux réglementaire des cotisations.

L'inadmissibilité du financement des cotisations par prélèvement sur les fonds libres s'applique en conséquence au cas décrit au point a), soit le financement provisoire et non planifié d'une partie des cotisations ordinaires et réglementaires de l'employeur et des employés, et non au point b), lequel porte sur un abaissement durable des taux de cotisations fixés dans le règlement, recommandé par un expert et rendu possible grâce aux fonds libres.

139 Des cotisations LPP sont-elles dues sur les indemnités journalières de l'AI?

(Art. 2, 5, 7 al. 2 LPP, art 25ter LAI)

A plusieurs reprises et de différents côtés, la question a été posée de savoir si des cotisations LPP sont dues sur les indemnités journalières de l'AI, qui sont versées pendant un reclassement à titre de mesure professionnelle de l'assurance-invalidité. Nous nous trouvons ici en face d'un problème d'ordre pratique. Concernant l'obligation de cotiser pour l'AVS, l'art. 25ter LAI stipule que des cotisations AVS sont dues sur les indemnités journalières de l'AI, cotisations qui sont supportées à parts égales par les assurés et par l'assurance-invalidité. Il n'existe pas de disposition analogue en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. Les conditions de base suivantes doivent être remplies: la personne soumise à l'obligation de cotiser doit être assurée à l'AVS (art. 5 LPP). En outre, l'assuré(e) doit être également soumis(e) à des rapports de travail (art. 2 LPP), avoir plus de 17 ans et recevoir un salaire annuel supérieur à 21'600.- (état au 1.1.1992).

Des indemnités journalières sont régulièrement versées dans le cadre d'une mesure d'ordre professionnelle de l'assurance-invalidité (AI). L'indemnité journalière se compose d'une indemnité de base et d'un supplément de réadaptation. En règle générale, c'est la caisse de compensation AVS qui verse les indemnités; si l'assuré se trouve sous contrat de travail (apprentissage ou cours de formation), l'employeur peut demander que les indemnités journalières lui soient versées. Les indemnités journalières ne remplacent donc pas le salaire versé dans le cadre du contrat de travail actuel. Elles sont bien plus basées sur le salaire que l'assuré ou l'assurée touchait auparavant avant qu'il ou elle ne subisse un manque à gagner dû à l'invalidité.

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, seul un salaire d'apprenti ou un salaire de cours de formation pendant la période de reclassement entre en considération pour la question de l'assujettissement à la LPP. Ce n'est en effet que dans ce type de contrat de travail que les qualités d'employé et d'employeur au sens de l'art. 2 LPP sont remplies. La somme annuelle du salaire dans un tel type de contrat de travail se situe en règle générale en dessous du salaire annuel minimum de Fr. 21'600.-.

140 Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage; nature facultative de l'article 104 al. 1 CO

(à propos de l'arrêt du TFA du 12.12.1991, en la cause M.; ATF 117 V 349)

(art. 104 al. 1 CO)

En vertu de l'arrêt du TFA du 16 février 1989 en la cause D. (ATF 115 V 37),le taux d'intérêt, en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage, est fonction en premier lieu de ce qui est stipulé à ce propos dans le contrat de prévoyance. Si rien n'est indiqué dans le contrat, c'est l'intérêt moratoire fixé à 5% dans l'article 104, 1er alinéa CO qui est applicable.

L'OFAS avait déduit, sur la base de cet arrêt, qu'aucun taux d'intérêt inférieur à 5% ne pouvait être fixé dans le règlement (voir à ce propos le bulletin de la prévoyance professionnelle no 12, ch. marg. 70).

Dans la décision qu'il a rendue le 12 décembre 1991 en la cause M. (ATF 117 V 349), le TFA a maintenant établi que l'article 104 alinéa 1 CO est de nature facultative, raison pour laquelle on peut fixer dans le règlement un taux d'intérêt plus élevé ou plus bas que dans ce dernier article. Un taux d'intérêts moratoires de 4% fixé dans les statuts de caisse d'une institution de prévoyance de droit public a été de la sorte considéré comme admissible.

141 Jurisprudence: montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques; en particulier critères relatifs à un licenciement pour des raisons économiques

(à propos de l'arrêt du TFA du 23.12.1991, en la cause B.)

(art. 27, 28 LPP, art. 331c CO)

Contrairement à ce qui est défini dans les dispositions réglementaires, le TFA autorise le transfert de la prestation complète de libre passage dans des cas exceptionnels et lorsque des conditions préalables très sévères sont remplies. Il considère que celles-ci le sont en cas d'un licenciement pour des raisons économiques. A cet égard, il se base sur une notion qualifiée du licenciement d'ordre économique. Selon le TFA, un tel cas pourrait se produire en cas d'une liquidation complète ou partielle d'une entreprise ou d'une réduction importante des activités de cette dernière, une situation qui aurait pour conséquence que les fonds de prévoyance accumulés ne seraient plus tous nécessaires pour maintenir la prévoyance des collaborateurs assurés restants; donc en cas de faits qui sont très proches de l'interdiction d'abus d'un droit au sens de l'art. 2 al. 2 CCS. Dans ce domaine, une intervention judiciaire dans la liberté d'organisation accordée aux institutions de prévoyance dans le secteur surobligatoire (art. 49 LPP) peut être envisagée exceptionnellement lorsque l'application du droit doit être considéré comme complètement inutile, voire inopportun. En l'espèce, les circonstances n'étaient pas telles que définies ci-dessus. Le recourant a en effet été congédié suite

à une affaire d'escroquerie dans laquelle il n'était pas impliqué directement ou indirectement; il était en revanche chef du service ayant la plus grande part de responsabilité dans cette affaire.

142 Jurisprudence: poursuite de la couverture d'assurance; délai d'attente fixe pour la prestation d'invalidité; prestation d'invalidité en cas d'augmentation du degré d'invalidité: quelle institution de prévoyance est mise à contribution lors du changement d'institution de prévoyance?

(à propos de l'arrêt du TFA du 16.3.1992 en la cause M.)

(art. 10 al. 3; art. 23; art. 24 al. 1, art. 26 LPP; art. 29 al. 1 let. b LAI)

Le TFA a décidé dans ce jugement qu'au terme de l'article 10 alinéa 2 LPP, l'obligation d'être assuré cesse en cas de dissolution des rapports de travail. Il est donc important de savoir si les rapports de travail ont légalement pris fin et à quel moment; l'exercice effectif ou la cessation effective du travail n'est pas déterminant. En cas de nouvel engagement du salarié avant l'expiration du délai de 30 jours durant lequel l'assurance est maintenue, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente.

Une disposition réglementaire est contraire à la loi si, dans le secteur de l'assurance obligatoire également, le droit aux prestations d'invalidité ne pourrait prendre naissance, en principe, qu'après un délai de carence de 24 mois pour un degré d'invalidité de 50 % au moins. Ceci n'est pas compatible avec l'article 26 alinéa 1 LPP en corrélation avec l'article 29 alinéa 1 lettre b LAI (délai d'attente d'une année). Tant que le droit à une prestation d'invalidité est mis en question pour un degré d'invalidité de 50 % au moins, le délai d'attente d'une année auquel la disposition réglementaire ne peut rien changer est déterminant en vertu de la loi. En revanche, le droit à une prestation d'invalidité pour un degré d'invalidité de moins de 50 % doit être, le cas échéant, subordonné à l'existence du délai d'attente réglementaire de 24 mois.

Dans ce même arrêt, le TFA s'est prononcé sur la question de savoir quelle institution de prévoyance est tenue de verser les prestations lorsque l'invalidité d'une personne assurée a empiré et qu'entre-temps un changement de caisse a eu lieu.

Le TFA a d'abord établi que les principes sur lesquels se base la Commission de l'assurance-invalidité (CAI) pour prendre sa décision valent non seulement pour établir mais aussi pour faire naître le droit à la rente, par conséquent lorsque la question se pose de savoir quand la capacité de travail s'est sensiblement dégradée.

La notion de survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité, inclut également un accroissement sensible de l'incapacité de travail après la dissolution des rapports de travail et après que le délai de poursuite de l'assurance soit échu. S'il incombe à l'institution de prévoyance pour une incapacité de travail qui est survenue pendant la durée d'assurance, de servir une prestation d'invalidité, elle est toujours tenue de verser cette dernière lorsque le degré

d'invalidité se modifie après la cessation des rapports de travail. Selon l'article 23 LPP, l'événement assuré est uniquement la survenance d'une importante incapacité de travail, indépendamment du moment et du degré d'invalidité qui ont fait naître le droit à la prestation d'invalidité. La qualité d'assuré ne doit être donnée que lors de la survenance de l'incapacité de travail, en revanche pas forcément aussi au moment de la survenance ou de l'aggravation de l'invalidité. Il revient donc à l'ancienne institution de prévoyance de servir la prestation d'invalidité unique si l'incapacité de travail est survenue pendant la durée d'affiliation à l'assurance même lorsque le degré d'invalidité s'est modifié après la cessation des rapports de travail. Par analogie, la suppression de la qualité d'assuré auprès de cette institution de prévoyance n'entraîne pas automatiquement l'extinction du droit aux prestations.

143 De la délimitation entre institutions d'assurance et institutions qui n'ont pas le caractère d'assurance (fonds de prévoyance ou fonds de bienfaisance patronal); compétence du Tribunal féd. des assurances

(à propos de l'ATF du 13.9.1991 dans l'ATF 117 V 214, Pr 1992 no 69)

(art. 73 LPP; art. 89bis CC)

Le TFA devait examiner en l'espèce s'il était compétent pour évaluer un recours de droit administratif. La fondation active dans le régime extra-obligatoire de la prévoyance professionnelle a contesté sa légitimation passive en insistant sur le fait qu'en tant que fonds de bienfaisance patronal elle n'avait pas le caractère d'assurance.

Le Tribunal fédéral des assurances a trouvé que cette objection de la fondation n'était pas valable. En effet, l'on ne pourrait nier que cette institution présente toutes les caractéristiques d'un fonds de bienfaisance patronal (financement propre par la firme fondatrice, représentation exclusive de la fondatrice dans le conseil de fondation, manque de régularité dans le financement, complément de la caisse de pension enregistrée de la fondatrice). Ces caractéristiques ne concerneraient toutefois que le point de vue du financement et pas le domaine des prestations.

Quant à l'application de la voie judiciaire préconisée à l'art. 73 LPP le fait déterminant serait notamment que la fondation octroierait aux destinataires les *droits aux prestations* lors de la survenance des risques assurés et n'aurait pas en vue simplement des prestations bénévoles. Le critère permettant de fixer la limite entre les institutions ayant un caractère d'assurance et celles qui n'en ont pas serait justement le fait que dans le premier cas des droits aux prestations auraient été fondés qui n'existeraient pas dans les institutions n'ayant pas le caractère d'assurance.

144 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix

Le 13 décembre 1991, l'Assemblée fédérale a décidé de modifier la réglementation de l'adaptation des rentes de l'AVS et de l'assurance-accidents en ce sens qu'une nouvelle adaptation peut déjà avoir lieu lorsque l'indice national du prix à la consommation est supérieur à 4 % sur une année. Ce seuil avait été fixé jusqu'à présent à 8 %. Le rythme d'adaptation bisannuel en usage, même dans le cas d'un taux de renchérissement inférieur à 4 %, est maintenu. Parallèlement, la réglementation qui voulait que l'on renonce à augmenter les rentes lorsque l'évolution des prix était inférieure à 5 % en moins de deux ans, a été abrogée.

Dans le dessein d'harmoniser les différentes branches des assurances sociales cette réglementation a été étendue à l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité selon la LPP. Le 24 juin 1992, le Conseil fédéral a décidé de modifier en conséquence l'ordonnance du 16 septembre 1987 sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix (AS 831.426.3). Les adaptations suivantes de ces rentes auront donc lieu chaque fois au même moment que les adaptations des rentes de l'AVS. Pour ce qui est de l'adaptation initiale, le délai de trois ans imposé par l'article 36 de la LPP reste valable.

Dès le 1er janvier 1993, conformément à cela, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1989** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **16,0%.**

Les adaptations subséquentes intéressent les rentes qui ont déjà été adaptées au renchérissement au 1er janvier 1992. Celles-ci doivent être à nouveau augmentées de 3,5 % au 1er janvier 1993.

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

145 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP pour l'année 1993

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation de 0,04 pour cent de la somme des salaires coordonnés que le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP a fixé pour 1993. Aussi, le taux de cotisation reste inchangé depuis 1990.

Les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle doivent verser le montant correspondant au fonds de garantie afin que celui-ci puisse assurer les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable ou présente une structure d'âge défavorable.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 24

Du 23 décembre 1992

TABLE DES MATIERES

146 Eurolex après le 6 décembre 1992

147 Placement de la fortune chez l'employeur

148 Résiliation de contrats d'affiliation

149 Chômage et prévoyance professionnelle

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

92.1212

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

146 Eurolex après le 6 décembre 1992

La législation d'adaptation du droit suisse au traité concernant l'Espace économique européen - appelée Eurolex - ne sera pas appliquée en raison du rejet de ce traité par le peuple suisse le 6 décembre 1992. Les modifications prévues dans le cadre de la prévoyance professionnelle n'entreront donc pas en vigueur le 1er janvier 1993.

147 Placements de la fortune chez l'employeur

(art. 71 al.1 LPP en corrélation avec art. 57 OPP 2)

La commission fédérale de la prévoyance professionnelle a tenu la dernière séance de sa deuxième période administrative le 25 novembre 1992 sous la présidence du directeur de l'OFAS, Monsieur W. Seiler. Elle a discuté des problèmes liés aux placements des institutions de prévoyance chez l'employeur. En raison de la détérioration de la situation économique et de l'accroissement du nombre de faillites, la commission a reconnu l'urgence du problème et a estimé qu'il était par conséquent nécessaire de prendre des mesures particulières. Elle a surtout discuté des possibilités de renforcer le contrôle de cette forme de placement ainsi que des exigences plus sévères requises pour procéder à de tels placements. La commission traitera à nouveau ce thème lors de la prochaine séance qu'elle tiendra au début de l'année 1993. Dans l'intervalle, une sous-commission a été chargée de mettre au point, en collaboration avec l'OFAS, les propositions élaborées jusqu'à présent.

148 Résiliation des contrats d'affiliation

(art. 61 LPP, art. 84 al. 2 et art. 89bis al. 6 CCS)

L'OFAS a édicté, pour le 1er janvier 1993, des instructions concernant la résiliation des contrats d'affiliation conclus par des employeurs avec des institutions collectives et communes ainsi que la réaffiliation de ces derniers à une institution de prévoyance. De la sorte, un domaine important de la surveillance des institutions de prévoyance oeuvrant sur l'ensemble du territoire suisse est réglementé de manière claire et uniforme.

Les instructions sont le fruit d'un travail approfondi auquel ont été associés des praticiens de la prévoyance professionnelle. Comme les résiliations de contrats d'affiliation sont monnaie courante pour les institutions de prévoyance, du moins pour les grandes institutions collectives, et qu'elles représentent beaucoup de travail pour l'OFAS en tant qu'autorité de surveillance, les présentes instructions visent à apporter une certaine simplification, une uniformisation et à favoriser la sécurité du droit. Sur la base de données concrètes, les organes de contrôle seront maintenant à même d'examiner de manière largement autonome la conformité à la loi des résiliations de contrats d'affiliation et des réaffiliations. L'OFAS pourra en conséquence s'appuyer sur les rapports de ces derniers.

Les instructions définissent les exigences minimales à respecter par les institutions de prévoyance lors de la résiliation de contrats d'affiliation ou lors de la réaffiliation. Elles précisent également les devoirs des organes de contrôle lors de l'examen de la conformité à la loi de ces étapes.

Les instructions ne peuvent et n'entendent pas fonder de nouveaux droits et obligations. Elles se bornent à fixer ce qui est du reste applicable en vertu des dispositions légales spécifiques contenues dans la LPP, le CCS, le CO et en vertu de la pratique et de la jurisprudence, et qu'il incombe à l'autorité de surveillance de contrôler.

Elles doivent en particulier fournir aux institutions de prévoyance la clarté nécessaire quant aux exigences juridiques et permettre ainsi aux organes de contrôle de vérifier si ces dernières sont respectées.

Nous reproduisons ci-après l'intégralité de ces instructions.

Vu les articles 61s. LPP, 84, 2ème alinéa et 89bis,6ème alinéa, CCS, l'office fédéral des assurances sociales, édicte les présentes

Instructions[1]

concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur

1.Généralités

1.1 Domaine d'application

Les instructions s'adressent à toutes les institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS auxquelles sont affiliés plusieurs employeurs (institutions collectives, communes et mixtes) ainsi qu'à leurs organes de contrôle.

1.2 But

Les instructions

- définissent les exigences minimales à respecter par les institutions de prévoyance lors de la résiliation de contrats d'affiliation et lOrs de la réaffiliation;

- précisent les devoirs des organes de contrôle lors de l'examen de la conformité à la loi de ces étapes.

2. Résiliation d'un contrat d'affiliation

2.1 Procédure en cas de changement d'institution de prévoyance

2.11 Informations à mettre à disposition
L'institution de prévoyance auprès de laquelle le contrat d'affiliation a été résilié donne à l'institution de prévoyance à laquelle l'employeur s'est réaffilié des informations complètes sur les points relatés ci-dessous.
Ces informations doivent également être tenues à la disposition de l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance jusqu'alors compétente.

a) Par assuré

- Nom ou numéro AVS, resp. autres données d'identification de l'assuré(e)

- ***Par assuré actif:***

- Capital d'épargne individuel ou de couverture
- Valeur de rachat (dans le domaine surobligatoire), en cas d'écart avec les valeurs précitées
- Avoir de vieillesse LPP

[1] Sous certains chiffres, il y a lieu da se référer aux commentaires (dés la p.9) y relatifs.

- Avoir de vieillesse à l'âge de 50 ans
- Somme des cotisations des salariés[2] ainsi que d'autres données à disposition nécessaires pour le calcul des prestations de libre passage futures; telles les prestations de libre passage apportées, les sommes de rachat, etc.
- Eventuelles mises en gage selon l'article 40 LPP
- Eventuelles demandes de versement en capital
- Eventuelles clauses de bénéficiaires

- Par bénéficiaire de prestations,
(dans la mesure où ces bénéficiaires sont également concernés par la résiliation du contrat d'affiliation)

- Montant et nature des rentes en cours
- Rentes selon la LPP
- Capital de couverture des rentes (y compris valeur d'expectative des rentes d'orphelins et de survivants)
- Valeur de rachat en cas d'écart avec la valeur précitée
- Début de la rente, resp. de l'invalidité
- Dernière adaptation au renchérissement
- Pour les rentes d'invalidité en cours, les données nécessaires à la poursuite du compte-témoin LPP.

b) Informations globales par contrat d'affiliation

- Montant de la fortune à transférer
- Composantes de la fortune

  Sous réserve des dispositions spéciales concernant les institutions communes et mixtes (cf. ch. 2.4) et dans la mesure où les renseignements sont disponibles, il y a lieu d'indiquer en particulier:

  - Montant total des capitaux d'épargne ou de couverture des assurés actifs et des rentiers
  - Valeur de rachat (dans le domaine surobligatoire), en cas d'écart avec les valeurs précitées
  - Réserves constituées pour les mesures spéciales
  - Réserves de contributions de l'employeur
  - Autres réserves3
  - Fonds non liés
  - Déficits techniques éventuels
  - Eventuelles contributions impayées et créances analogues

- Cas de prévoyance en suspens (cas pendants de prestations, prestations litigieuses)
- Une confirmation de l'accord du personnel concerné ou d'une délégation représentative de ce personnel au sujet du changement prévu (cf. commentaires ad ch. 2.11 let b).

[2] dans la mesure où ces données ne sont pas exclusivement archivées, resp. informatisées auprès de l'employeur
[3] Cf commentaires p.9, sous rubrique "fonds liés".

2.12 Transfert de la fortune
L'institution de prévoyance jusque-là compétente doit transférer à la nouvelle institution de prévoyance, dans le délai d'un mois, la fortune découlant de la résiliation du contrat d'affiliation. Si dans des cas motivés, l'établissement du décompte final exige davantage de temps, il y a lieu de transférer dans ce délai d'un mois, au moins la somme des capitaux d'épargne ou de couverture (y compris les avoirs de vieillesse LPP).

2.2 Procédure en cas de résiliation du contrat d'affiliation en raison de la cessation d'activité de l'employeur.
Les dispositions qui suivent règlent la procédure en cas de résiliation du contrat d'affiliation lorsque l'employeur cesse son activité et que le personnel n'est pas transféré auprès d'une nouvelle institution de prévoyance. Cette réglementation est également applicable lorsque le contrat d'affiliation est résilié parce qu'un indépendant n'occupe plus de salariés, quand bien même il poursuit son activité.

Informations à mettre à disposition
L'institution doit mettre à la disposition de l'organe de contrôle les informations ou les documents suivants:

a) Par assuré:
L'ensemble des informations figurant sous chiffre 2.11 let. a, avec la dérogation suivante:
Informations complémentaires:
- Prestation de libre passage (libre passage intégral)
- Part éventuelle aux mesurés spéciales
- Part éventuelle aux fonds non liés, aux réserves de contributions de l'employeur et aux autres réserves selon un plan de répartition ou, en cas de déficit, diminution proportionnelle du droit aux prestations de prévoyance (cf. commentaires ad ch. 2.2, let.a).

En revanche, il n'est pas nécessaire d'indiquer les demandes de versement en capital.

b) Informations globales par contrat d'affiliation
- Montant total de la fortune à répartir (pour les institutions collectives: actifs évalués au prix du marché).
- Composition des passifs. Il convient d'indiquer notamment
  - La somme des prestations de libre passage (libre passage intégral)
  - La somme des capitaux de couverture des rentes en cours
  - Les fonds provenant des mesures spéciales
  - Les fonds non liés et autres réserves ou le déficit
    (Pour les institutions communes et mixtes, à déterminer selon ch. 2.4).

Une confirmation de l'accord de l'organe compétent concernant le plan de répartition des fonds pour les mesures spéciales et des fonds non liés (cf. commentaires ad ch. 2.2, let.a).
Une pièce justificative de la part d'une institution de prévoyance ou d'assurance quant à la poursuite du versement des rentes en cours.

2.3 Résiliation partielle d'un contrat d'affiliation
Les instructions mentionnées sous chiffre 2.1 et 2.2 s'appliquent également, par analogie, en cas de résiliation partielle d'un contrat d'affiliation (cf. commentaires).

En pareil cas, les points énoncés ci-dessus sous rubrique 'informations globales' s'appliquent par analogie au groupe d'assurés sortants.

2.4 Détermination de la part aux mesures spéciales, aux réserves et aux fonds non liés dans les institutions communes et mixtes
Pour les institutions communes et mixtes qui ne comptabilisent pas séparément pour chaque employeur affilié les fonds destinés aux mesures spéciales, les fonds non liés et les réserves, les principes suivants sont applicables:

2.41 Mesures spéciales
Le groupe d'assurés sortants a droit, conformément à l'article 70 LPP, à une part des fonds pour les mesures spéciales (cf. commentaires).

La part revenant à un contrat d'affiliation peut être estimée à la lumière de critères tels que la structure d'âge des assurés, la somme des salaires coordonnés et la durée du contrat d'affiliation.

2.42 Fonds non liés et réserves
Le groupe d'assurés sortants a droit à une part appropriée des fonds non liés de l'institution lorsque

- le contrat d'affiliation était en vigueur depuis 2 ans au moins; et
- que les fonds non liés représentent plus de 10% de la fortune liée de l'institution de prévoyance.

Le droit porte en outre sur une part appropriée des réserves (réserves techniques, réserves pour la compensation du renchérissement, etc.) dans la mesure où elles ont été financées par le groupe d'assurés concerné et constituées également en leur faveur (des prestations de solidarité en faveur d'autres contrats d'affiliation ne doivent pas être prises en considération). On peut renoncer à une restitution lorsque la part revenant à chaque assuré représenterait un montant insignifiant.

La part afférente à un contrat d'affiliation peut être estimée au moyen d'une méthode simplifiée. A cet effet, il convient notamment de tenir compte de manière appropriée du rapport entre les capitaux d'épargne ou de couverture propres au contrat d'affiliation et la fortune totale de l'institution de prévoyance ainsi que de la durée du contrat d'affiliation. La méthode pour déterminer la part en question est établie par l'institution de prévoyance ou son expert et doit être mise à la disposition de l'organe de contrôle.

Pour déterminer la part appropriée, on peut prendre en considération les valeurs correspondantes figurant au dernier bilan comptable. Les années où il n'y a pas d'expertise, une estimation suffit pour déterminer le montant des fonds liés.

Il est autorisé de compenser le droit aux fonds non liés avec d'autres prestations de l'institution de prévoyance (par ex. prestations de solidarité, subsides provenant de

réserves générales), dont a profité l'ensemble des assurés concerné par la résiliation du contrat d'affiliation, dans la mesure où de telles prestations ont été convenues contractuellement et qu'elles peuvent être prouvées. La compensation est limitée à l'étendue du droit aux fonds non liés.

3.Reprise d'un groupe d'assurés

L'institution de prévoyance à laquelle se réaffilie l'employeur au terme de la procédure de résiliation de son ancien contrat d'affiliation est tenue de mettre à la disposition de son organe de contrôle les informations, resp. les documents suivants:

- Les documents reçus de l'ancienne institution de prévoyance, ainsi qu'une éventuelle convention régissant la reprise.
- La preuve du maintien des droits acquis (cf. commentaires ad let. A et B) de chaque assuré ainsi que de l'ensemble du groupe. Dans les cas compliqués, il est nécessaire de joindre la confirmation d'un expert en assurances de pensions reconnu.

4. Examen par l'organe de contrôle

4.1 Examen ordinaire

Dans le cadre de l'examen annuel de la légalité de la gestion conformément à l'article 35, 2éme alinéa, OPP 2, l'organe de contrôle vérifie l'observation des chiffres 1 à 3 des présentes instructions.

Dans le choix de la méthode d'examen et l'intensité de ce dernier, il doit observer le principe d'économie.

4.2 Communication à l'OFAS

L'organe de contrôle confirme à l'intention de l'OFAS la conformité à la loi de la conclusion et de la résiliation des contrats d'affiliation.

4.3 Examen extraordinaire et communication à l'OFAS

En vertu de l'article 36, 3ème alinéa, OPP 2, l'OFAS doit être immédiatement informé lorsqu'en rapport avec l'application des chiffres 1 à 3 de ces instructions, une intervention rapide est nécessaire.

5. Entrée en vigueur

Ces Instructions entrent en vigueur le 1er janvier 1993.
A partir de cette date, la directive de l'OFAS du 1er juillet 1988 est abrogée.

Commentaires

A. Notions

L'institution collective est une institution de prévoyance à laquelle sont affiliés plusieurs employeurs ou associations et qui, pour chaque contrat d'affiliation (caisse de prévoyance), tient un compte spécifique quant au financement, aux prestations et à l'administration de la fortune.

L'institution commune applique également la prévoyance professionnelle pour plusieurs employeurs mais ne tient pas un compte séparé pour chaque affiliation; en règle générale, c'est le même règlement qui s'applique à l'égard de l'ensemble des assurés et l'institution dispose d'une fortune de prévoyance commune.

L'institution mixte contient des éléments appartenant aux deux formes précitées. Ainsi, par ex., plusieurs caisses de prévoyance fonctionnant comme une institution commune peuvent être regroupées au sein d'une institution collective en lieu et place d'employeurs séparés. Une institution dont l'organisation de base est conçue comme celle d'une institution collective mais qui gère certains fonds de réserve communs peut être également qualifiée d'institution mixte.

Le contrat d'affiliation est une convention entre un employeur, resp. un indépendant, et une institution de prévoyance, qui règle l'application de la prévoyance professionnelle pour les salariés concernés et, éventuellement, pour lui-même.

La résiliation d'un contrat d'affiliation se distingue du cas de libre passage en ce sens qu'en cas de libre passage, un seul assuré se retire du contrat d'affiliation dont l'existence, perdure tandis qu'après une résiliation, un tel contrat n'existe plus. On peut imaginer qu'un cas de libre passage coïncide avec une résiliation de contrat d'affiliation (par ex. lors de la sortie d'un indépendant). Pareil cas doit être traité en tant que résiliation d'un contrat d'affiliation.

La résiliation partielle d'un contrat d'affiliation est le fait qu'un groupe d'assurés sort de l'institution de prévoyance pour des motifs économiques mais que le contrat d'affiliation demeure applicable aux assurés restants (cf. commentaires ad ch..2.3).

Fonds liés et non liés: la terminologie Utilisée dans les instructions se fonde sur la répartition suivante des passifs:

a) fonds liés

- capital de couverture
- capital d'épargne
- réserves techniques (par ex. réserves pour l'augmentation de l'espérance de vie)
- réserves pour la compensation du renchérissement, et autres
- réserves pour l'entretien d'immeubles
- autres réserves liées au but

- autres passifs liés (y compris des passifs transitoires)

b) réserves pour les mesures spéciales

c) réserves de contributions de l'employeur

d) fonds non liés

- réserves de fluctuation pour la valeur des actifs
- fonds libres

D'autres postes passifs sont à classer par analogie dans les catégories précitées.

Est considéré comme **droit acquis** d'un assuré, la somme d'argent qui, au moment de la résiliation du contrat d'affiliation correspond à la valeur de sa prétention. Celle-ci dépend des prestations de libre passage apportées, des sommes de rachat, des cotisations versées ainsi que du mode de financement choisi par l'institution. En règle générale, le droit acquis comprend le capital de couverture ou d'épargne existant ainsi qu'une part éventuelle des mesures spéciales et des fonds non liés. Le montant des prestations expecté dans l'ancienne institution de prévoyance et celui des prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité en cours ne sont donc pas considérés comme droits acquis.

En principe, une expertise pratiquée par un expert en assurances de pensions est nécessaire pour trancher la question de savoir si les droits acquis des assurés sont maintenus lors d'un changement d'institution de prévoyance, en particulier lorsqu'entrent en ligne de compte des institutions de caractère différent (caisse en primauté de cotisations/caisse en primauté de prestations; financement collectif/individuel)

B. Principes

Lors de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation à une autre institution de prévoyance, les principes suivants, s'appuyant sur la jurisprudence, doivent être respectés:

- *Il ne peut pas être porté atteinte aux droits acquis des assurés en cas de résiliation du contrat d'affiliation.*

- *La fortune suit le personnel. L'ensemble des assurés pris en compte dans un contrat d'affiliation a droit, lors de sa résiliation, à une part des fonds non liés et des réserves de l'institution de prévoyance ou de la caisse de pension, en fonction de la fortune qu'ils ont apportée et de leurs cotisations. De même, l'effectif des assurés sortant a droit à une part correspondante des réserves constituées pour les mesures spéciales.*

- *En ce qui concerne ce droit, **la proportionnalité** doit être respectée. Si les fonds non liés et les réserves sont peu élevés comparativement aux frais qu'occasionnerait leur évaluation, on peut renoncer à les restituer.*

- *L'affiliation à une institution collective ou commune enregistrée nécessite **le consentement du personnel** en raison de l'article 11, 2ème alinéa LPP (cf. commentaires ad ch. 2.11, let.b).*

- *Avant tout changement d'institution de prévoyance ou avant toute décision concernant un plan de répartition, les **assurés** concernés **doivent être informés et entendus** suffisamment tôt.*

C. Commentaires relatifs aux différents chiffres

Ad ch. 1.1: Domaine d'application

En principe, les instructions sont applicables à toutes les résiliations de contrats d'affiliation et reprises d'effectif d'assurés. L'affiliation d'un **indépendant** qui n'occupe aucun salarié est analogue, en substance, à un contrat d'affiliation. En l'espèce, les instructions s'appliquent par analogie.

Les instructions ne se rapportent pas à l'examen formel de la réaffiliation de l'employeur. Cet examen relève du contrôle effectué par les caisses de compensation AVS et est réglé dans les directives de l'OFAS du 21 novembre 1989 sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à la LPP.

Ad ch. 1.2: But

Les instructions ne créent pas du droit nouveau. Elles se bornent à fixer ce qui est du reste applicable en vertu des dispositions légales spécifiques contenues dans la LPP, le CCS, le CO et en vertu de la pratique et de la jurisprudence, et qu'il incombe à l'autorité de surveillance de contrôler. Ces instructions facilitent cette tâche à l'OFAS en tant qu'autorité de surveillance, car elles fournissent aux institutions de prévoyance la clarté nécessaire quant aux exigences juridiques et permettent ainsi aux organes de contrôle de vérifier si ces dernières sont respectées.

Ad ch. 2.1: Changement d'institution de prévoyance

Le changement d'institution de prévoyance comprend la résiliation du contrat d'affiliation entre un employeur et une institution collective ou commune et l'affiliation subséquente à une autre institution de prévoyance y compris le transfert global de la fortune.

Le transfert de l'employeur avec tout son personnel assuré dans une nouvelle Institution de prévoyance, par suite de l'annulation de l'affiliation auprès de l'ancienne institution collective, commune ou mixte, doit être traité de manière analogue à une **dissolution avec réorganisation** d'une telle institution. Cela signifie que la fortune de prévoyance existante en faveur des assurés concernés est transférée globalement à la nouvelle institution. La fortune de prévoyance n'est pas liquidée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas répartie en fonction des droits individuels des assurés.

Ad Ch. 2.11, let. b: Accord du personnel

Pour les institutions collectives enregistrées où la gestion paritaire est concrétisée au niveau de la caisse de prévoyance, l'accord de **l'organe paritaire** suffit. Pour les autres institutions enregistrées, le consentement d'une **majorité** des assurés ou d'une **délégation représentative** de ces derniers vaut comme accord du personnel.

Ad ch. 2.12: Transfert de la fortune

En règle générale, un transfert de la fortune revenant à l'effectif des assurés qui changent d'institution est possible dans le délai d'un mois. Comme la dénonciation d'un contrat d'affiliation doit être faite plusieurs mois à l'avance, un laps de temps suffisant est normalement à disposition pour préparer le paiement.

Dès le moment de l'exigibilité, un intérêt moratoire est dû. Est considéré comme intérêt moratoire, l'intérêt convenu dans le contrat d'affiliation ou, si un tel accord n'existe pas, celui prévu par le code des obligations (réglementation analogue à celle prévue pour les prestations de libre passage, cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 12, ch. marg. 70). Si un transfert tardif entraîne des pertes de rendement importantes, une demande de dommages-intérêts peut être introduite par voie d'action en justice.

Ad ch 2.2: Cessation d'activités de l'entreprise d'un employeur

La **cessation d'activités de l'entreprise d'un employeur** est, en règle générale, assimilée à la **liquidation** de la caisse de prévoyance concernée dans une institution collective ou à la résiliation du contrat d'affiliation à une institution commune ou mixte. Les dispositions correspondantes du droit des fondations (art. 58 CCS et renvois) ou de la société coopérative (art. 913 CO et renvois) sont dès lors applicables. La liquidation entraîne la dissolution du collectif d'assurés ainsi que la répartition de la fortune de prévoyance concernée en droits de prévoyance individuels.

Ad ch. 2.2, let. 8): Plan de répartition

Lorsque l'entreprise cesse son activité de même qu'en cas de résiliation partielle pour raisons économiques (cf. ch. 2.3, et les commentaires y relatifs), il y a lieu d'établir un plan pour répartir en faveur de chaque assuré les fonds pour les mesures spéciales, les fonds non liés, les réserves et les réserves de contributions de l'employeur revenant au contrat d'affiliation. Si, à ce moment-là, il existe un déficit technique d'assurance, il convient également d'établir un plan qui indique dans quelle mesure les différents droits de prévoyance sont réduits.

a) Répartition des fonds pour les mesures spéciales

Les moyens financiers provenant des mesures spéciales (cf. commentaires ad ch. 2.41) doivent être utilisés conformément à leur caractère, soit en tant que ressources à répartir de manière à réaliser les buts prévus à l'art. 70 LPP. Ces versements supplémentaires destinés à augmenter les prestations de libre passage

ou les capitaux de couverture reviennent en premier lieu aux groupes d'assurés suivants:

1. Les assurés de la génération d'entrée (les assurés d'un certain âge), surtout ceux dont le revenu est modeste
2. Les bénéficiaires de rentes minimales LPP (adaptation des rentes au renchérissement)
3. Les autres assurés (augmentation générale des bonifications de vieillesse LPP)
4. Les bénéficiaires de rentes du régime surobligatoire

b) Répartition des fonds non liés, des réserves de contributions de l'employeur et des autres réserves

Les critères de répartition qui entrent en premier lieu en ligne de compte pour la répartition des fonds non liés, des réserves de contributions de l'employeur et des autres réserves, ou du déficit, sont les suivants:

- Le montant des capitaux d'épargne ou de couverture
- L'âge des assurés
- La durée d'assurance (années de service ou de cotisation)
- Le salaire assuré

La répartition doit également se faire en faveur des assurés qui sont sortis de l'institution de prévoyance dans un délai déterminé avant la résiliation du contrat d'affiliation. Ce délai court à partir du moment où la déconfiture économique de l'employeur a commencé. Si ce moment ne peut être défini, il y a lieu de prendre en considération un délai de 3 à 5 ans en fonction du montant des fonds à distribuer et du nombre d'ayants droit.

Le plan de répartition nécessite **l'accord de l'organe compétent.** Pour les institutions enregistrées, c'est l'organe paritaire et ce, même si celui-ci ne se situe pas au niveau de la caisse de prévoyance (resp. dans le cadre de chaque contrat d'affiliation), mais au niveau de l'institution de prévoyance. Pour les fondations de prévoyance non enregistrées, l'organe compétent est celui auquel participent les salariés selon l'article 89bis, 3e al., CCS.

Ad ch. 2.3: Résiliation partielle d'un contrat d'affiliation

On est en présence d'un cas de résiliation partielle lorsqu'un groupe de salariés est licencié pour raisons économiques (par ex. restructuration de l'entreprise, arrêt ou réduction de la production) ou lorsque, du fait de la vente d'une partie de l'entreprise, une division entière occupant plusieurs collaborateurs est affiliée à l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Si l'effectif des assurés est minime (moins de 5) et que ces derniers sortent individuellement, cette situation, peut également constituer un cas de résiliation partielle lorsqu'elle est due à des motifs économiques.

Ad ch. 2.41: Mesures spéciales

Les fonds provenant des **mesures spéciales** ne doivent être transférés à la nouvelle institution ou pris en compte dans le plan de répartition que lorsqu'il existe, dans le bilan de l'institution de prévoyance ou de la caisse de prévoyance, un poste passif correspondant. Tel n'est pas le cas lorsque ces fonds ont déjà été utilisés ou répartis conformément aux buts prévus pour leur utilisation. Les institutions de prévoyance qui assurent également des prestations surobligatoires et qui, par conséquent, peuvent apporter globalement la preuve prévue à l'art. 46 OPP 2 ne doivent, en règle générale, plus transférer ou répartir les fonds provenant des mesures spéciales en cas de résiliation d'un contrat d'affiliation.

Ad ch. 4: Examen par l'organe de contrôle

L'examen se fonde sur les lignes directrices de l'OFAS contenant un ensemble d'exigences à l'intention des institutions collectives, communes et mixtes. Ces lignes directrices doivent être respectées lors de la résiliation des contrats d'affiliation et lors du transfert de la fortune de prévoyance. Les organes de contrôle des Institutions précitées doivent veiller à leur respect.

Lorsque l'employeur change d'institution de prévoyance, il convient de distinguer les compétences respectives des deux organes de contrôle des institutions concernées. La tâche de l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance cédante se limite à contrôler si le processus de dissolution et le transfert de la fortune de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance sont conformes à la loi. L'organe de contrôle de l'institution reprenante doit contrôler l'intégration du nouvel effectif d'assurés et de sa fortune dans ladite institution, indépendamment de la question de savoir si l'ancienne institution de prévoyance se trouve également sous la surveillance de l'OFAS.

D. Bibliographie

GEKO, Gemischte Kommission, Berufliche Vorsorge und KontroIIe, Winterthur 1990

Manhart, Thomas, Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere Personalvorsorgestiftungen, Zürich 1986

Meier, Christoph, Die staatliche Beaufsichtigung der Personalvorsorgestiftungen im geltenden und werdenden Recht, Basel 1978

Riemer, H. Michael Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, Bern 1985

Riemer, H. Michael, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985

Vieli, Diego, Die Kontrolle der Stiftungen, insbesondere der Personalvorsorgestiftungen, Zürich 1985

149 Chômage et prévoyance professionnelle

(art. 8 et 47 LPP et art. 2 et 9 de l'Ordonnance concernant le libre passage)

1. Le droit en vigueur n'offre qu'une solution partielle en ce qui concerne les problèmes liés au chômage; les dispositions y relatives sont énumérées ci-dessous.

L'article 8 al. 3 traitant du salaire coordonné en relation avec le chômage stipule ce qui suit

> *Si le salaire diminue temporairement par suite de ...chômage..., le salaire coordonné est maintenu au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'article 324a du code des obligations. ... .*

Cette réglementation ne vaut que pour le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle. Elle présuppose en outre que le preneur de prévoyance reste dans son institution de prévoyance en cas de chômage et que le salaire annuel peut tomber à zéro.

L'article 47 LPP règle comme suit la poursuite de l'assurance d'un preneur de prévoyance qui cesse d'être assujetti à une institution de prévoyance enregistrée:

> Le salarié qui cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire, après l'avoir été pendant au moins six mois, peut maintenir son assurance dans la même mesure que précédemment, soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent, soit auprès de l'institution supplétive.

Il convient de préciser à cet égard que le délai de carence de six mois prévu est supprimé en rapport avec la législation Eurolex. En outre, il faut aussi relever que cette réglementation s'applique uniquement au domaine obligatoire. Dans ce dernier, le preneur de prévoyance a le droit de conserver sa prévoyance obligatoire auprès de l'institution supplétive également lorsqu'il est au chômage. Dans un tel cas, il n'y aurait naturellement plus de contribution de l'employeur[1]

L'article 2 al. 1 de l'Ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage[2] est ainsi libellé:

> *La prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage lorsque, dans un cas de, libre passage, l'assurance n'est poursuivie ni auprès d:une nouvelle institution de prévoyance ni auprès de l'institution jusqu'ici compétente.*

et l'article 9 al. 2 de l'ordonnance sur le libre passage stipule ce qui suit:

> Les frais résultant de la couverture supplémentaire des risques de décès et d'invalidité peuvent être prélevés sur le capital de prévoyance ou couverts par des cotisations supplémentaires.

---

[1] Voir toutefois à ce sujet chiffre 2b suivant

[2] RS 831.425 ; ordonnance sur le libre passage

Cette dernière disposition offre à un assuré devenu chômeur la possibilité de maintenir sa prévoyance survivants et invalidité au moyen de son avoir de libre passage; cependant, son capital de prévoyance constitué pour sa prestation de vieillesse sera alors réduit en conséquence.

On peut résumer la situation en disant qu'en raison des restrictions indiquées ci-dessus, le droit en vigueur ne permet pas de résoudre complètement le problème du chômage.

2. Aperçu du problème dans la législation à venir

Le problème du chômage après la survenance d'un cas de libre passage a aussi fait l'objet de discussion lors de l'élaboration de la législation concernant le libre passage. La tendance des Chambres fédérales est plutôt de régler cette question dans le cadre de la révision de la LPP.

En ce qui concerne le domaine d'application, se pose la question de savoir si - d'un point de vue systématique - la réglementation envisagée devrait faire partie d'une loi sur le libre passage ou si elle ne devrait pas plutôt être intégrée dans la LPP. Une réglementation dans la LPP permettrait d'inclure la prévoyance plus étendue des institutions enregistrées en procédant à une adaptation correspondante de l'article 49 al. 2 LPP.

En revanche, cette systématique aurait pour conséquence que cette réglementation ne serait pas applicable aux institutions qui ne sont pas inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle. Mais comme la plupart des salariés sont assujettis en Suisse à la LPP, une réglementation figurant dans cette dernière qui incluerait la prévoyance plus étendue pourrait être considérée comme appropriée.

Sur le plan matériel, il s'agit de savoir quels cas de prévoyance peuvent être couverts par un tel droit des assurés devenus chômeurs à la poursuite de l'assurance dans l'institution actuelle; uniquement les risques décès et invalidité ou également la prévoyance vieillesse?

A notre avis, ce droit ne devrait pas être limité aux risques décès et invalidité du fait surtout que la probabilité de survie ou l'espérance de vie est déjà aujourd'hui relativement élevée et qu'elle augmentera encore et parce que si tel était le cas, une lacune pouvant résulter d'une période de chômage plus longue pénaliserait fortement la prévoyance.

Quant au financement de cette poursuite d'assurance, il importe de distinguer les points suivants:

a. Le preneur de prévoyance doit en principe financer lui-même la poursuite de l'assurance.

b. Toutefois, si la résiliation du contrat de travail résulte de l'insolvabilité de l'employeur, l'assurance en cas d'insolvabilité paie alors, en vertu de l'art. 52 LACI, la part de l'employeur pour la prévoyance professionnelle obligatoire de l'employé. A

cet égard, se pose la question de savoir si ce devoir de prestation doit être étendu au secteur hors-obligatoire.

c. Si la résiliation du contrat de travail a lieu en même temps qu'une dissolution partielle ou totale de l'entreprise de l'employeur et donc par là de l'institution ou de la caisse de prévoyance, le preneur de prévoyance a droit, comme on le sait, à une part équitable des fonds libres. Il peut alors utiliser cette somme reçue pour financer la poursuite de l'assurance auprès de l'institution supplétive.

d. La même procédure s'applique par analogie en cas de résiliation d'un contrat de travail pour des raisons économiques impliquant une mise au chômage.

3. Marche à suivre

Comme la problématique évoquée en l'espèce relève d'une manière générale de la poursuite de l'assurance dans la prévoyance professionnelle, elle devrait être réglée dans le cadre de la révision de la LPP. Le message y relatif sera publié à fin 1993. La réglementation ne concernera toutefois en premier lieu que les institutions enregistrées dans le registre de prévoyance professionnelle. Néanmoins, la possibilité existe, au sens de l'article 49 al. 2 LPP, d'y inclure la prévoyance plus étendue.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 25

Du 26 juillet 1993

TABLE DES MATIERES

150 La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

151 La Commission LPP au cours du premier semestre 1993

152 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle

153 Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants

154 Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

155 Renforcement des dispositions en matière de placements de la prévoyance professionnelle

156 Les bonifications complémentaires pour les membres de la génération d'entrée ayant des revenus modestes

157 Qui peut se constituer une prévoyance selon le pilier 3a ?

158 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative

159 Augmentation des émoluments pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Jurisprudence

160 Intérêts moratoires prélevés sur les rentes d'invalidité

161 Droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé

162 Cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage

163 Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte définitivement la Suisse

164 Rente d'invalidité - Incapacité de travail d'une personne déjà invalide

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

150 La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle

Début 1993, le Conseil a procédé à l'élection des membres de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle pour la 3e période administrative (1993-1996). Ceci nous permet de présenter brièvement les fondements légaux et les tâches de cette commission.

1. Fondement

L'article 85 alinéa 1 de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] charge le Conseil fédéral d'instituer une commission fédérale de la prévoyance professionnelle, qui compte 21 membres au plus. Cette commission se compose de représentants de la Confédération et des cantons et, en majorité, de représentants des employeurs, des salariés et des institutions de prévoyance. Elle est habilitée à donner son avis au Conseil fédéral sur l'application et le développement de la prévoyance professionnelle[2].

Malgré l'énoncé clair de l'art. 85 LPP, la position et les tâches de cette commission ne sont pas suffisamment transparentes dans la pratique. Les explications données ci-après visent à clarifier quelque peu cette situation sans traiter le problème des commissions extra-parlementaires de manière trop approfondie.

2. L'intention du législateur

L'article 80 proposé à l'époque dans le projet du Conseil fédéral[3], adopté sans modification en tant qu'article 85 dans la LPP, entendait créer, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, une commission telle qu'elle existe depuis 1965 pour l'AVS et l'AI[4]. Ce faisant, un droit de codécision permanent est accordé aux milieux concernés par l'exécution et le développement de la prévoyance professionnelle. Selon la conception du législateur, la commission peut s'exprimer sur les modifications nécessaires de la LPP et faire des suggestions sur ce plan[5]. La commission fédérale de la prévoyance professionnelle doit être entendue avant que des dispositions d'ordonnance ne soient promulguées. Même si le Conseil fédéral dispose, dans ses décisions, de toute liberté sur le plan juridique par rapport aux prises de position de la commission fédérale de la prévoyance professionnelle, la procédure prévue offre la garantie que l'on tient compte de manière adéquate de l'opinion des personnes particulièrement concernées et intéressées par la prévoyance professionnelle. Dans la pratique, l'avis et les recommandations de la commission ont un poids considérable[6].

3. La place et le développement de la commission LPP

Le projet du Conseil fédéral de 1974 ne prévoyait pas que les pouvoirs publics soient représentés dans la commission, car la prévoyance professionnelle était considérée

---

[1] LPP; RS 831.40
[2] Art. 85 al. 2 LPP
[3] Cf. Message du 19 décembre 1975, p. 124 s.
[4] Cf art. 73 LAVS et art. 177 RAVS
[5] Mentionné de manière aussi claire dans le 5e avant-projet des 15/16.1 resp. 1.2 1974
[6] Message. p.70 chiffre 444

pour l'essentiel comme un domaine plutôt privé, autrement dit intéressant en particulier les partenaires sociaux. Le fait que la commission comprenne aujourd'hui des représentants des pouvoirs publics montre l'importance croissante de l'Etat en tant que "partenaire social" et la place qu'on lui accorde dans le cadre du deuxième pilier, que ce soit comme législateur, comme autorité judiciaire ou comme administration (par ex. autorité de surveillance, fisc, etc.). Les tâches incombant à la commission AVS/AI semblent évidentes en raison du fait que l'AVS et l'AI sont les assurances populaires sociales effectives de l'Etat. La prévoyance sociale n'a pas ce caractère public; c'est pourquoi la commission LPP nécessite une justification d'être particulière. Cette dernière consiste, sur le plan formel, en ce que cette commission permet de suppléer des procédures de consultation qui prennent beaucoup de temps, car elle associe en son sein une légitimation politique adéquate et des compétences techniques certaines en la matière.

La commission LPP comprend aussi des membres issus de milieux qui ne sont pas mentionnés dans la loi; ils ne représentent pas non plus les institutions de prévoyance au plan technique tel que défini dans la loi[7], mais ils disposent des connaissances nécessaires à l'exécution de la prévoyance professionnelle dans les domaines du contrôle (experts de caisses de pension, organes de contrôle), de la technique actuarielle et des placements de capitaux.

Jusqu'à fin 1992, la commission se composait de 17 membres. Celle qui a été instituée pour la période administrative 1993-1996 en compte maintenant 21. On a cherché, à cet égard, à tenir compte des instructions du Conseil fédéral concernant la composition des commissions extra-parlementaires, en particulier en ce qui concerne la représentation équitable des femmes et des minorités linguistiques. En outre, les milieux scientifiques sont désormais représentés de manière accrue, car l'importance de questions fondamentales sur les plans démographique, économique, social et international ne cesse d'augmenter. Tout comme la commission AVS/AI dans le premier pilier, la commission LPP remplace la préparation, la réalisation et l'évaluation des procédures de consultation, lesquelles nécessitent beaucoup de temps et de travail. Cet aspect prend une importance particulière[8] dans le domaine des assurances sociales[9], dont l'évolution est très rapide. En outre, organiser des procédures de consultation parallèlement au travail de la commission LPP ne serait pas bon pour le développement de la prévoyance professionnelle. La commission perdrait en importance et en justification d'être tout en courant le risque d'être désavouée. Il est donc d'autant plus important que cette commission - dans laquelle les milieux principalement concernés et intéressés par la prévoyance professionnelle sont tous représentés - ne devienne pas trop pesante en raison de sa grandeur.

4. Les tâches et les activités de la commission LPP

Le règlement[10] de la commission stipule que cette dernière se réunit selon les besoins, mais au moins une fois par année, et cela sur instruction du président ou suite à une demande écrite; l'assemblée devra comporter 8 membres au minimum.

---

[7] Cf. art. 331 al. 1 CO et art. 48 al. 2 LPP

[8] Dans le domaine de l'AVS. 10 révisions ont déjà été effectuées; la 11e est en préparation.

[9] Cela n'exclut cependant pas que l'on procède à des consultations concernant certains nouveaux projets de loi, comme par exemple ceux relatifs au libre passage et à l'encouragement à la propriété du logement

[10] Règlement intérieur du 12 juin 1985 de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle (non publié).

La commission peut prendre des décisions lorsque la majorité de ses membres sont présents. Les décisions sont prises à la majorité absolue des voix des membres présents. Le président dispose d'une voix et il a le pouvoir de trancher en cas d'égalité de suffrages. Il peut régler les affaires de moindre importance par voie de correspondance. Les membres peuvent se faire représenter, mais les suppléants n'ont qu'une voix consultative.

Le secrétariat de la commission est assuré par l'Office fédéral des assurances sociales. Les chefs d'office compétents dans le domaine spécifique traité en particulier lors de l'une ou l'autre séance peuvent participer à celle-ci avec voix consultative. Des représentants d'autres administrations fédérales[11] peuvent prendre part aux séances. Par ailleurs, le président peut faire appel à des experts externes pour l'examen de certains problèmes spécifiques.

La commission LPP est habilitée à instituer des sous-commissions composées de membres de la commission pour traiter de problèmes particuliers, par exemple la première révision de la LPP. Ces sous-commissions peuvent à leur tour solliciter la collaboration d'experts pour des questions spécifiques qu'elles ne pourraient résoudre elles-mêmes.

Les séances tenues par la commission LPP et ses sous-commissions ne sont pas publiques. Les délibérations ainsi que les documents de séance sont confidentiels. Les résultats de délibérations peuvent être publiés avec l'accord préalable du Département fédéral de l'Intérieur. Les membres de la commission sont cependant autorisés à informer de manière sommaire les milieux qu'ils représentent dans la commission sur les résultats des discussions. Mais ce faisant, ils n'ont pas le droit de remettre des documents.

Il est bien clair que la commission LPP n'est ni l'autorité de surveillance ni celle de la haute surveillance en matière de prévoyance professionnelle. Ces tâches sont plutôt dévolues au Conseil fédéral, à l'Office fédéral des assurances sociales et à d'autres administrations fédérales de même qu'aux autorités de surveillance cantonales[12].

Depuis sa constitution, la commission LPP a siégé à 24 reprises et a tenu deux séances en commun avec la commission AVS/AI. Elle s'est prononcée jusqu'à aujourd'hui sur plus de 100 questions ayant trait à la prévoyance. En outre, différents groupes de travail se sont penchés avant tout sur la révision de la LPP. Le résultat de leurs travaux est concrétisé dans les principes de la première révision de la LPP. Le programme de révision peut s'appuyer sur ces précieux travaux préparatoires.

5. L'avenir de la commission LPP

Elargie dans sa composition au début de cette troisième période administrative, cette commission mettra l'accent sur des points qui répondront encore mieux à son mandat légal. Vu les nombreux problèmes de politique social qui se posent, la priorité est accordée à la législation. La commission s'occupera donc moins des problèmes de tous les jours que de questions centrales touchant l'avenir de la

[11] Par ex. l'Office fédéral de la justice, l'Office fédéral des assurances privées, mais aussi l'administration fédérale des impôts

[12] Cf. art. 84 al. 2 CCS ainsi que les art. 61-64 et art. 3 s. OPP1

prévoyance professionnelle: la situation et le développement économique, l'intégration de la Suisse dans l'Espace européen, l'évolution démographique ainsi que les problèmes relevant de la politique financière et sociale.

Il apparaît judicieux que la présidence continue à être assumée par le directeur de l'OFAS. Si cette solution peut éventuellement parfois entraîner des conflits de loyauté, elle offre cependant le grand avantage de la cohérence et d'une synergie dans la préparation de la législation.

La tolérance et la confiance sont de rigueur pour assurer une collaboration constructive entre la commission et l'administration. Les expériences passées ont montré que des crispations sont possibles; il est nécessaire d'améliorer le climat de travail. Il n'y a pas ici de baguette magique! L'Office fédéral des assurances sociales est prêt à apporter sa contribution. Il faut cependant se montrer réaliste et accepter le fait que, si les points de vue et les intérêts sont différents, ces divergences doivent pouvoir être exprimées clairement, mais avec fair-play.

151 La commission LPP pendant le premier semestre 1993

La commission LPP a siégé à deux reprises durant le premier semestre 1993, plus précisément les 30 mars et 30 juin 1993. Elle a, pour l'essentiel, pris position sur quatre questions importantes posées par la première révision de la LPP. Elle s'est déclarée favorable à une amélioration des prestations en faveur des personnes faisant partie de la génération d'entrée. A cet égard, elle estime que l'on doit poursuivre dans un premier temps l'application du système des bonifications complémentaires. La commission encourage aussi les demandes réclamant que les rentes de vieillesse LPP soient adaptées jusqu'à un certain point au renchérissement; les discussions à ce propos ne sont pas encore terminées. Elle a en outre examiné les possibilités de garantir les prestations également dans le domaine hors obligatoire, certains problèmes épineux, touchant parfois même le droit constitutionnel, ayant encore surgi. Dans ce domaine, les discussions ne sont pas non plus encore achevées. Enfin, elle a décidé à l'unanimité de proposer au Conseil fédéral que les institutions collectives - qui ne font pas encore l'objet d'une réglementation dans la loi, mais qui sont très importantes dans la pratique - soient codifiées dans le CCS et le CO.

Pendant le deuxième semestre 93, la commission se prononcera non seulement sur les problèmes en suspens concernant l'adaptation au renchérissement et la garantie des prestations, mais aussi et avant tout sur les principes du placement de la fortune, sur l'égalité des droits entre femme et homme, sur la prévoyance professionnelle des chômeurs ainsi que sur l'élargissement des bénéficiaires de la prévoyance individuelle liée. En outre, elle doit également soumettre des propositions en ce qui concerne la situation de l'institution supplétive, et plus précisément le dédommagement accordé à celle-ci pour les tâches découlant du mandat qui lui est dévolu par la loi et qui ne peuvent être confiées à personne d'autre. Lors de la dernière séance qu'elle tiendra cette année, la commission examinera un aperçu et un arrêté général concernant la révision de la LPP, et exprimera son point de vue sur les deux ordonnances consacrées l'une au libre passage et l'autre à l'encouragement à la propriété du logement.

152 Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle

(Art. 87 LPP, art. 2 OSRPP)

(Précisions et complément au Bulletin de prévoyance professionnelle n°16 ch. marg. 100)

Il convient de revenir sur le ch. marg. 100 du Bulletin de la prévoyance professionnelle n°16 du 28 septembre 1990, car il s'est avéré entre-temps que cet article devait être quelque peu complété et précisé, notamment en ce qui concerne la définition des notions "intérêt privé digne d'être protégé" et "dans les cas d'espèce". Il s'agit d'éviter de la sorte que des demandes abusives ne soient adressées aux caisses de compensation AVS. Ces dernières ne doivent fournir des renseignements aux organes de la prévoyance professionnelle que dans les cas prévus par la loi et sans que cela constitue la règle. Par ailleurs, les demandes doivent être dûment motivées.

1. L'article 2 de l'Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP) oblige les caisses de compensation AVS, en dérogation à l'obligation de garder le secret en vigueur visée à l'article 50 LAVS qui incombe en principe aux organes de l'AVS/AI, à communiquer dans le cas d'espèce aux institutions de la prévoyance professionnelle certains renseignements ainsi que les documents nécessaires (cf. art. 87 LPP). L'une des conditions essentielles à ces exceptions réside dans le fait que ces renseignements sont nécessaires à l'institution de prévoyance pour lui permettre de contrôler l'assujettissement des employeurs et de fixer les contributions ou les prestations. Mais ces renseignements ne doivent pas porter préjudice à un intérêt privé digne de protection. En d'autres termes, c'est à l'organe compétent qu'il appartient de décider, dans chaque cas d'espèce et selon le pouvoir d'appréciation dont il dispose, s'il doit ou non fournir le renseignement. Il doit veiller en l'occurrence à ce que le renseignement n'entraîne pour la personne concernée aucun préjudice injustifié, de nature personnelle, économique ou idéologique qui ne soit plus compatible avec l'objectif du renseignement, en relation concrète avec le contrôle de l'assujettissement des employeur, ou avec le calcul des cotisations ou des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire.

   On ne peut déduire des faits matériels aucun point de repère particulier pouvant servir à l'interprétation de l'article 2 OSRPP. En revanche, l'objectif qui a été dévolu à ce dernier, c'est-à-dire imposer les buts visés par la réglementation spéciale (art. 1 OSRPP) que constitue l'obligation de garder le secret, appelle pour ainsi dire un maniement restrictif. C'est ce que l'on peut conclure de l'expression "dans le cas d'espèce", précision qui fait défaut dans le domaine de la réglementation AVS correspondante (art. 209 bis al. 1 let. c RAVS).

   Ces cas d'espèce peuvent aussi bien concerner certaines personnes assurées que certains employeurs et leur personnel. Les points suivants semblent essentiels:

- de telles demandes ne doivent pas dégénérer en un flux général d'informations et de données entre les caisses de compensation et les institutions de prévoyance,

- les caisses doivent empêcher dans toute la mesure du possible que les renseignements communiqués ne soient utilisés à mauvais escient,

- le principe de l'obligation de garder le secret doit pouvoir être maintenu,

- la protection des données concernant la personne assurée ne doit pas être violée et

- le véritable rôle des organes de l'AVS (à savoir le contrôle de l'assujettissement) en matière de prévoyance professionnelle ne doit pas s'en trouver modifié.

2. Il convient en outre de tenir compte du fait que les institutions de prévoyance doivent au premier chef se procurer les informations nécessaires d'une autre manière. En concluant une convention d'affiliation ayant la réalisation de la prévoyance professionnelle pour objectif, l'employeur s'engage par écrit à communiquer à l'institution de prévoyance toutes les données nécessaires pour permettre à celle-ci de calculer les cotisations et les prestations.

   Selon la pratique en vigueur, on peut faire valoir les violations de contrat en ce sens auprès du tribunal compétent selon l'article 73 LPP. Qui plus est, aux termes de l'article 10 OPP 2, l'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire et de lui fournir les indications nécessaires au calcul des cotisations. S'il refuse toutefois de donner ces renseignements ou s'il donne sciemment des renseignements inexacts, il se rend punissable (cf. art. 75 s. LPP).

3. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, on peut partir du principe qu'une attitude restrictive des caisses de compensations AVS est tout à fait en accord en l'espèce avec la réglementation visée à l'article 2 alinéa 2 OSRPP.
   Il serait donc possible de communiquer dans le cas d'espèce de manière limitée des renseignements et des documents qui ont été demandés, pour autant qu'ils soient réellement nécessaires au contrôle de l'assujettissement ou au calcul des cotisations ou des prestations, à condition qu'aucun intérêt privé digne de protection ne soit violé et que l'institution de prévoyance puisse préalablement fournir la preuve qu'elle a entrepris sans succès toutes les démarches mentionnées au point 2 que l'on peut raisonnablement attendre d'elle. C'est à la caisse de compensation compétente qu'il appartient de décider si c'est le cas.

153 Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants

(Art. 30, al. 2, lettre b LPP; art. 331 c, al. 4, lettre b, chiffre 2 CO)

Depuis quelque temps, les caisses de pension reçoivent plus en plus de demandes d'obtention du versement en espèces de leur prestation de libre passage de chômeurs qui allèguent être désormais établis à leur compte, en exhibant comme preuve une attestation délivrée par la Caisse de compensation de l'AVS.

En réalité, les caisses de compensation qui sont confrontées à ces demandes se sont rendu compte que, peu après, lesdits chômeurs demandent à pouvoir bénéficier à nouveau du statut de salarié et font annuler leur statut d'indépendant au sens de l'AVS. Il s'ensuit que la prestation de libre passage qui leur a été versée n'aura guère servi à leur permettre de s'établir à leur compte, mais uniquement à régler une dépense extraordinaire (dettes, vacances, voiture, etc.).

Cette manière de détourner le but de la prévoyance est évidemment inadmissible. Ainsi que le savent la plupart des caisses de pensions, le problème n'est pas nouveau, mais a toujours existé. Il s'apparente à celui du départ définitif à l'étranger d'une personne qui, après quelques mois revient en Suisse en ayant perçu son libre passage en espèces.

Il parait utile d'énumérer à nouveau les principes applicables dans la législation actuelle.

Tout d'abord il convient de rappeler que la caisse de pension en sa qualité de débitrice de la prestation de libre passage est tenue de veiller à ce que celle-ci soit correctement affectée. Ainsi, doit-elle s'assurer que la personne a effectivement le statut d'indépendant. Les preuves incombent au demandeur, mais il y a lieu de se montrer plus restrictif quant à l'appréciation de celles-ci. Bien que cela ne soit guère aisé, la caisse de pension peut se fonder sur des éléments objectifs dans son appréciation.

En particulier, il ne faut plus uniquement se fonder sur la seule déclaration de l'AVS, mais bien s'assurer que la personne a entrepris les démarches nécessaires à l'exercice de sa nouvelle activité d'indépendant.

Dans le cas d'un chômeur qui n'a pas entièrement épuisé ses droits à l'assurance-chômage, la caisse peut refuser le versement en espèces tant que la personne continue - voire pourrait continuer - à percevoir des prestations de l'assurance-chômage, car son statut de salarié subsiste.

Pour les autres catégories de chômeurs (en fin de droit, étrangers qui rentrent chez eux), il y a quelques garde-fous que la caisse pourrait exiger, afin de s'assurer que le cas de versement en espèces de la prestation de libre passage est bien réalisé.

L'une des restrictions consisterait à observer un délai de carence tacite: la caisse pourrait "laisser durer" la procédure pendant quelques mois (mais attention : la caisse peut être appelée à verser des intérêts moratoires si elle possède tous les éléments du dossier et qu'elle tarde à rendre sa décision - en ce qui concerne

l'exigibilité des intérêts moratoires, lorsque la caisse est en demeure, nous renvoyons à la jurisprudence du TFA en la matière: ATF 115 V 27).

En corrélation avec le ralentissement de la procédure, des preuves pourraient être exigées des chômeurs par des actes concrets: réalisations entreprises en vue de l'exercice de l'activité indépendante; mandats déjà effectués, études en cours ou réalisées du marché potentiel, endroit où sera exercée l'activité, infrastructure mise en place, etc.

Dans tous les cas, si la caisse a de sérieux doutes quant au bien fondé de la demande, elle peut la refuser, en arguant le manque de preuves. Il appartiendra alors à l'intéressé qui entend maintenir cette demande de saisir le tribunal compétent par voie d'action (art. 73 LPP), ce qui aura pour effet soit de décourager des demandes abusives, soit de rallonger la procédure et ainsi d'arriver à une meilleure administration des preuves.

154 L'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Le Conseil national et le Conseil fédéral ont accepté le projet de loi sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle respectivement au cours de la session de printemps et de celle d'été 93, en y apportant quelques modifications. Les divergences qui subsistent devraient être éliminées au cours de la session d'automne 93.

1. L'article 34quater, alinéas 3 et 6 de la Constitution fédérale représente la base constitutionnelle de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. Cet encouragement n'est toutefois pas réglé de manière suffisamment complète et efficace dans le droit en vigueur. C'est ainsi que seule la moitié de l'avoir obligatoire de vieillesse est mise à la disposition des assurés. De plus, l'assuré ne peut faire valoir le droit à la prestation en capital qu'au moment où il prend sa retraite; cette possibilité n'est donc d'aucune utilité pour les assurés plus jeunes, qui ont notamment besoin de ce soutien financier pour acquérir la propriété de leur logement. La réglementation de la mise en gage ne concerne elle aussi que la moitié des prestations de vieillesse du régime obligatoire.

   Les initiatives parlementaires de la conseillère nationale, Madame Spoerry, et du conseiller aux Etats, Monsieur Kündig, constituent le point de départ du présent projet de loi. Ces deux initiatives souhaitent mettre les fonds de la prévoyance professionnelle à la disposition des assurés de manière accrue, afin de leur permettre d'accéder à la propriété du logement.

2. Dans son programme de politique foncière et dans les Directives gouvernementales 1991-1995 qu'il a présentés en 1991, le Conseil fédéral a désigné l'encouragement à la propriété du logement comme étant une affaire urgente. Il considère que c'est une partie importante du catalogue de moyens destinés à améliorer la situation actuelle du marché de l'immobilier et des bien-fonds, tant du côté de l'offre que de la demande. C'est un impératif de

politique nationale et de politique de prévoyance que de relever le pourcentage de propriétaires en Suisse qui est de 30 pour cent actuellement. Il convient toutefois de souligner que l'augmentation obtenue par le biais des mesures proposées ne sera que de l'ordre de 5 pour cent.

A côté de la rente, du versement en capital et du paiement en espèces, l'encouragement à la propriété du logement sera une forme supplémentaire de prestations de la prévoyance professionnelle. Il faut que l'assuré puisse choisir la forme de prévoyance la plus appropriée pour lui. La mesure proposée permettra de pallier efficacement deux inconvénients: d'une part, la charge financière élevée que représentent les frais de logement pour les assurés âgés et, d'autre part, la dépréciation des prestations en espèces.

Les assurés doivent pouvoir disposer, pour la propriété du logement, des fonds non seulement de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais aussi de l'ensemble de la prévoyance. Toutefois, la moitié environ des fonds de la prévoyance professionnelle doit subsister sous forme d'espèces, car il arrive fréquemment lors de la survenance d'un cas de prévoyance que les assurés aient besoin plus particulièrement de liquidités. Voilà pourquoi le montant de l'avoir de prévoyance mis à disposition ne saura excéder celui de la prestation de libre passage acquis à l'âge de 50 ans.

Dans son projet de loi, le Conseil fédéral a proposé que le but de la prévoyance professionnelle soit garanti par un gage immobilier. Le Conseil national propose une restriction légale du droit d'aliéner. Le Conseil fédéral ne s'oppose pas à cette réglementation puisqu'elle permet aussi de garantir le but de la prévoyance. Lorsque l'assuré vend son logement avant la survenance d'un cas de prévoyance, il doit rembourser le montant reçu pour l'acquisition de ce dernier à une institution de prévoyance. Le Conseil fédéral est d'avis que le capital reçu ne devrait être assujetti à l'impôt que lors de la survenance d'un cas assuré afin que les assurés plus jeunes n'aient pas à supporter une charge financière trop élevée à un moment où ils auraient besoin, autant que possible, de l'intégralité des fonds de prévoyance pour acquérir leur logement. Le Conseil national propose cependant, pour des raisons d'ordre pratique, que l'imposition se fasse au moment du versement. Le Conseil fédéral ne s'oppose pas à cette solution pour autant que les cantons y souscrivent également, mais il tient à faire remarquer que, compte tenu de l'imposition élevée à laquelle sont soumises les prestations en capital dans certains cantons et des autres taxes que l'assuré doit payer lorsqu'il acquiert un logement, cette mesure perdrait de son efficacité pour bon nombre d'assurés.

Le projet de loi n'indique pas les buts concrets d'utilisation. Le Conseil fédéral les définira dans l'ordonnance. Y seront envisagés l'acquisition du logement en propriété, l'amortissement de prêts hypothécaires, le financement d'investissements afférents au logement ainsi que l'acquisition de parts ou de formes similaires de participation des locataires à des coopératives de construction ou d'habitation ou à des institutions de ce genre. De même, il conviendra de faire concorder dans l'ordonnance les objets afférents à l'encouragement à la propriété du logement avec les principes (liquidités, etc.) que doivent respecter les institutions de prévoyance.

3. La mesure proposée ne permet pas d'aider tous les assurés à accéder à la propriété du logement. L'effet qu'elles produira dépend en effet en premier lieu du niveau des prix pratiqués sur le marché immobilier. Bien que l'on constate en ce moment une certaine détente, les coûts demeurent insupportables pour un grand nombre d'assurés, même au moyen de la prévoyance professionnelle. L'effet de cette mesure dépend en outre de manière décisive de la durée pendant laquelle l'assuré a cotisé dans le cadre du deuxième pilier ainsi que du niveau auquel il y est assuré.

   Le Conseil fédéral et le Conseil national proposent, en complément aux deux initiatives, de mettre aussi les fonds de la prévoyance professionnelle à disposition des assurés qui ne peuvent pas acquérir de logement afin qu'ils puissent diminuer leurs frais de logement. Cette mesure concerne avant tout les assurés ayant de faibles revenus. Ils peuvent ainsi maintenir leurs frais de logement à un niveau peu élevé en acquérant par exemple des parts de participation de coopératives.

   L'encouragement à la propriété du logement n'est pas, au premier chef, un instrument de politique sociale mais un instrument de politique de prévoyance. Son objectif n'est pas, notamment, de redistribuer les revenus entre ceux qui gagnent bien et ceux qui gagnent moins, mais plutôt de faire en sorte que les assurés puissent utiliser de la meilleure manière possible, en fonction de leurs propres intérêts et dans un but reconnu par la pratique, leurs avoirs de prévoyance liés du deuxième pilier. Leur sens des responsabilités s'en trouvera renforcé, ils verront mieux l'utilité de la prévoyance.

155 Renforcement des dispositions en matière de placements dans la prévoyance professionnelle

Le Conseil fédéral décide d'adopter des mesures supplémentaires de surveillance en vue d'éviter aux assurés de subir des pertes en cas de non paiement des contributions et en cas de prêts accordés par les caisses de pension à l'employeur.

Situation initiale

Les cas de salariés ayant subi des pertes sur leurs droits envers la prévoyance professionnelle se sont multipliés ces derniers temps. Bien que ces cas soient peu nombreux, pour certains des salariés les pertes ont été considérables. Le fonds de garantie couvre certes les déficits touchant les avoirs de vieillesse LPP (environ 19 millions de francs en 1992), mais lorsque ces pertes surviennent dans le domaine hors obligatoire, les assurés ne bénéficient d'aucune protection (les données statistiques font défaut en l'occurrence). Ces problèmes ont une double origine: d'une part, certains employeurs confrontés à des difficultés économiques pendant une assez longue période ne versent ni les cotisations des salariés ni leurs propres contributions à l'institution de prévoyance et, d'autre part, certaines institutions de prévoyance accordent des prêts trop importants aux employeurs affiliés. C'est précisément en période de récession qu'existe le danger de voir se multiplier de tels abus.

Ces événements ont permis de constater que les dispositions en vigueur comme le système de surveillance présentent des lacunes. Lorsque de tels événements se produisent, il est fréquent que les autorités ne puissent pas intervenir à temps. En effet, l'autorité de surveillance ne reçoit en règle générale les comptes et le rapport annuels ainsi que le rapport de l'organe de contrôle que 6 mois environ après la clôture de l'exercice. A ce moment-là, l'employeur qui n'a pas payé les cotisations dues ou qui avait obtenu un "prêt" non autorisé de par sa position dans l'administration de la caisse, n'est souvent plus en mesure de rembourser sa dette lorsque ses affaires périclitent. En outre, à l'heure actuelle, il est permis d'octroyer à l'employeur des prêts à concurrence d'un montant qui ne permet pas d'exclure les abus.

Introduction de nouvelles dispositions en matière de surveillance

S'appuyant sur les propositions de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP, le Conseil fédéral a décidé d'adopter trois mesures dans le cadre d'une révision de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2). Ces mesures visent, d'une part, à permettre aux autorités de surveillance d'intervenir à temps lors d'irrégularités et, d'autre part, à empêcher que les institutions de prévoyance n'octroient aux employeurs affiliés des prêts trop importants sans garantie suffisante.

1. Introduction de l'obligation d'informer

La première mesure oblige l'institution de prévoyance à informer l'autorité de surveillance dès qu'un employeur a trois mois de retard dans le versement des cotisations réglementaires. L'institution de prévoyance doit aussi préalablement informer son autorité de surveillance lorsque de nouveaux placements chez l'employeur risquent de dépasser la limite autorisée.

2. Limitation des placements chez l'employeur

La deuxième mesure permet de limiter les placements sans garantie des fonds de la prévoyance professionnelle au montant des fonds non liés. Dorénavant, seuls les fonds qui ne sont pas liés aux prestations de libre passage ou aux capitaux de couverture destinés au versement des rentes en cours peuvent être placés sans garantie.

3. Renforcement des exigences en matière de garantie

Les placements chez l'employeur d'autres fonds ne sont possibles que moyennant une garantie. En principe, une garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque est nécessaire. Les hypothèques ne valent comme garantie que jusqu'à concurrence des 2/3 de la valeur vénale d'un immeuble; pour les immeubles de l'employeur qu'il affecte à des fins commerciales, ce pourcentage est restreint à la moitié de la valeur vénale.

Champ d'application des mesures et répercussions de ces dernières

Les dispositions de l'OPP 2 ne s'appliquent directement qu'aux institutions de la prévoyance professionnelle enregistrées, c'est-à-dire à celles qui réalisent le régime obligatoire de la LPP. L'OFAS, d'entente avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance, examinera les moyens d'étendre les nouvelles mesures aux institutions de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées.

Le Conseil fédéral est convaincu que les mesures décidées assureront à l'avenir une meilleure protection des assurés contre les pertes, tout en étant conscient qu'il n'est pas possible de garantir de manière absolue tous les droits inhérents à la prévoyance. Un pas supplémentaire dans cette direction n'est possible qu'en étendant au domaine hors obligatoire la prise en charge par le fonds de garantie de l'assurance en cas d'insolvabilité. Il est prévu de mettre en oeuvre cette mesure dans le cadre de la première révision de la LPP.

Nous reproduisons ci-après la teneur de la modification correspondante de l'ordonnance:

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 1er juin 1993

Le Conseil fédéral suisse arrête

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est modifiée comme il suit:

Art. 57 1er al.

Dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, la fortune ne doit pas être placée sans garantie chez l'employeur.

Art. 58 Garantie (art. 71, 1er al., LPP)

[1] La garantie des créances envers l'employeur doit être efficace et suffisante.

[2] Sont réputés comme garantie:

a la garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque soumise à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne;

b. les gages immobiliers jusqu'à concurrence des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble. Les immeubles de l'employeur qu'il affecte à des fins industrielles, commerciales ou artisanales ne peuvent toutefois être mis en gage que jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur vénale.

[3] Dans des cas particuliers, l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garanties.

Art. 58 a (nouveau) Obligation d'informer (art. 71, 1er al., LPP)

[1] Lorsque des contributions réglementaires n'ont pas été versées, l'institution de prévoyance doit en informer son autorité de surveillance dans un délai de trois mois à partir de la date d'échéance contractuelle.

[2] Avant d'effectuer de nouveaux placements sans garantie chez l'employeur, lorsqu'il n'est pas clairement établi que les placements envisagés ne concernent pas uniquement les moyens qui peuvent être placés de cette façon en vertu de l'article 57, 1er et 2e alinéas, l'institution de prévoyance doit informer son autorité de surveillance des nouveaux placements en les justifiant de manière suffisante.

[3] L'institution de prévoyance doit informer son organe de contrôle des communications au sens des 1er et 2e alinéas

La présente modification entre en vigueur le 1er juillet 1993.

156 Les bonifications complémentaires pour les membres de la génération d'entrée à revenus modestes

(Article 33, 1er alinéa, LPP)

Situation initiale

Aux termes de l'article 11, 2e alinéa, des Dispositions transitoires de la Constitution[13], le législateur est tenu de prévoir pour la génération d'entrée des mesures spéciales afin que ces assurés puissent bénéficier le plus vite possible des prestations minimales prévues par la loi.

Cette disposition constitutionnelle avait été édictée au regard d'une primauté légale des prestations. Or, la loi[14] contenait - contrairement à la base constitutionnelle et au projet du Conseil fédéral et du Conseil national - non pas une primauté des prestations, mais une primauté des bonifications. Mais la demande fondamentale formulée à l'article 11, 2e alinéa, Disp. trans. cst., d'une intégration aussi rapide que possible des personnes faisant partie de la génération d'entrée dans le système de la LPP n'en a pas pour autant été abandonnée. Il convient plutôt qu'elle soit réalisée[15] de la meilleure manière possible sur la base du système désormais ancré dans la loi.

Problème

Le législateur a réglé les demandes de la génération d'entrée essentiellement aux articles 31-33 et 70 LPP. Il est prévu, dans une première phase, que les personnes

[13] Disp. trans. cst
[14] Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, LPP
[15] Cf. les expertises Fleiner et Jagmetti, dans RCC 7/8, 1978

faisant partie de la génération d'entrée à des revenus modestes reçoivent d'abord des bonifications complémentaires. On part, en l'occurrence, du principe que la première révision LPP sera effective 10 ans après l'entrée en vigueur de la LPP, soit au 1er janvier 1995[16]. Le législateur a malheureusement commis une erreur à l'article 33, 1er alinéa, LPP, en ce sens qu'il a formulé la disposition comme il suit:

"Le Conseil fédéral définit les prestations minimales dues dans les cas d'assurance qui surviennent au cours des neuf ans suivant l'entrée en vigueur de la présente loi;..."

Cette erreur ne fut découverte que lors des travaux préparatoires à l'adaptation des bonifications complémentaires prévue pour l'année 1994. Des recherches approfondies dans les faits matériels de la loi n'ont fourni aucune autre explication que la suivante: il doit s'agir d'une erreur de formulation d'ordre linguistique. Aucun argument objectif ne permet en effet de soutenir qu'au cours de la dixième année suivant l'entrée en vigueur de la LPP - et ce sera l'année 1994on ne devrait plus accorder de bonifications complémentaires.

Cependant, lorsque la teneur d'une disposition n'a par elle-même aucun sens ni but, la jurisprudence du Tribunal fédéral veut que l'on s'en écarte dans l'application du droit. Par ailleurs, la sécurité du droit exige que l'on supprime aussi cette erreur le plus vite possible du point de vue formel dans la législation.

Solution

Un projet spécial (message accompagné d'un projet de loi) modifiera l'article 33, 1er alinéa LPP, en ce sens qu'au lieu de fixer un délai de neuf ans, le Conseil fédéral règlera les prestations minimales jusqu'à l'entrée en vigueur de la 1re révision LPP. L'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle (OPP 2)[17] devra être adaptée en conséquence.

La commission de la prévoyance professionnelle soutient cette solution.

157 Qui peut se constituer une prévoyance selon le pilier 3a?

(Art. 82 LPP; art. 1,2 OPP 2)

Les possibilités de constitution d'une prévoyance fiscalement avantageuse du pilier 3 a sont clairement définies pour les personnes qui exercent une activité lucrative en Suisse et qui y ont leur domicile. En revanche, la situation est moins nette si l'une des deux hypothèses n'est pas réalisée.

Le Tribunal fédéral a tranché cette question de manière circonstanciée, juridiquement indépendante et distincte, dans un jugement du 21 juin 1991, dans une affaire B. Il s'agissait d'un frontalier italien, qui exerçait son activité lucrative en Suisse et y était assuré à l'AVS/AI ainsi qu'à la prévoyance professionnelle. Bien que la réglementation du pilier 3a ressortit au domaine fiscal, le TF a décidé, se fondant sur la conception des 3 piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, ancrée

[16] 16 Cf. art. 11 al. 2 disp. trans. cst
[17] Art. 21-23 OPP 2

dans la Constitution, que l'accent est clairement mis sur la manière d'envisager les choses du point de vue de droit de la prévoyance. Nous fondant sur les considérants y relatifs de ce jugement, nous sommes d'avis qu'il faut en déduire ce qui suit, s'agissant du droit de la prévoyance: celui qui
- *exerce une activité lucrative et*
- *est assuré au premier pilier (AVS/AI)*
peut se constituer un pilier 3a.
A contrario, l'affiliation au 2e pilier n'est pas nécessaire.

a. Exercice d'une activité lucrative

La notion de l'activité lucrative dans le pilier 3 a est identique à celle du premier pilier (art. 1, al. 1, lettre b LAVS). Par conséquent, celui qui se trouve dans une position indépendante ou dépendante dans l'industrie, le commerce, l'artisanat, l'agriculture ou dans une profession libérale réalise un revenu de travail. L'exercice d'une activité lucrative à l'étranger entre également en considération si elle est exercée pour le compte d'un employeur en Suisse et que l'assuré est un ressortissant suisse (Circulaire sur l'assujettissement à l'assurance AVS/AI, Ch. 2033, 2045 s.).

b. Assurance dans le premier pilier (AVS/AI)

Le preneur de prévoyance du pilier 3 a doit être effectivement affilié à l'AVS/AI. Cela découle tout d'abord de la conception constitutionnelle des 3 piliers (art. 34 quater cst). Ensuite l'article 5 LPP prévoit que cette loi (la LPP) ne s'applique qu'aux personnes assurées à l'AVS. La LPP sert de base légale pour la prévoyance du 3^{e} pilier a (art. 82, al. 2 LPP).

Les personnes physiques sont assurées obligatoirement au premier pilier si elles ont leur domicile civil en Suisse et/ou si elles exercent une activité lucrative en Suisse. En outre, les ressortissants suisses sont assurés obligatoirement s'ils sont employés à l'étranger pour le compte d'un employeur en Suisse et qu'ils sont rémunérés par celui-ci (art. 1 LAVS). Les ressortissants suisses domiciliés à l'étranger peuvent s'assurer à titre facultatif (art. 2 LAVS).

S'agissant des personnes qui habitent dans un Etat et qui exercent leur activité lucrative dans un autre Etat, il y a lieu d'appliquer les conventions bilatérales sur la sécurité sociale que la Suisse a conclu avec les Etats en question. De telles conventions ont été signées avec tous les Etats frontaliers. Toutes ces conventions bilatérales que la Suisse a conclues se fondent sur le principe du lieu de revenu. Le principe du lieu de revenu, ou du lieu de travail suppose qu'une personne est principalement assurée à titre obligatoire conformément aux dispositions légales de l'Etat dans lequel elle exerce son activité lucrative.
Il y a quelques exceptions à ce principe. Les plus importantes concernent:
- les travailleurs détachés
- le personnel d'entreprises de transports
- le personnel des services publics
- le personnel diplomatique et consulaire
- les marins
- les travailleurs d'entreprises frontalières.

En résumé, l'assurance dans les trois piliers de la prévoyance VSI peut être représentée comme il suit:

Pays	Domicile en Suisse et activité professionnelle à l'étranger			Domicile à l'étranger et activité professionnelle en Suisse		
	En principe assuré en Suisse			En principe assuré en Suisse		
	Pilier 1	**Pilier 2**	**Pilier 3a**	**Pilier 1**	**Pilier 2**	**Pilier 3a**
Autriche	Non[18]	Non[19]	Non[20]	Oui[21]	Oui[22]	Oui[23]
Allemagne	Non[18]	Non[19]	Non[20]	Oui[21]	Oui[22]	Oui[23]
France	Non[18]	Non[19]	Non[20]	Oui[21]	Oui[22]	Oui[23]
Italie	Non[18]	Non[19]	Non[20]	Oui n[21]	Oui[22]	Oui[23]
Liechtenstein	Non[18]	Non[19]	Non[20]	Oui[21]	Oui[22]	Oui[23]

Dans le cadre de la première révision LPP, on examine actuellement dans quelle mesure le pilier 3a peut être élargi à un autre cercle de personnes assurables; les discussions ne sont pas encore terminées, en particulier celles entamées avec les autorités fiscales.

158 Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative

(Art. 30 al. 2 let. c LPP; art. 331c al. 4 let. b chiffre 3 CO)

De plus en plus de femmes qui deviennent chômeuses demandent que la prestation de libre passage leur soit payée en espèces en faisant valoir qu'elles ont cessé d'exercer une activité lucrative. Aussi longtemps que la femme touche des indemnités de chômage, elle doit être dans tous les cas en mesure d'être placée sur le marché du travail. Dans ce cas, il est manifeste, sur le plan de droit de la prévoyance, qu'elle pense à reprendre l'activité professionnelle et l'on ne saurait ici parler d'un abandon durable de l'activité lucrative. L'institution de prévoyance ferait bien de se montrer critique à l'égard des assurées qui font part de telles intentions.

[18] Oui si assuré à titre facultatif au 1er pilier
- En principe oui s'il s'agit de l'une des exceptions les plus importantes suivantes selon les conventions mentionnées ci-dessus au point b.
  Pour plus de détails, cf. les conventions y relatives: avec l'Autriche (art. 7-10), avec l'Allemagne (art. 6-9), avec la France (art. 8-10), avec l'Italie (art. 5) et avec le Liechtenstein (art. 6-8)

[19] Oui, pourvu qu'il y ait assurance facultative aux 1er et 2e piliers

[20] Oui, pourvu qu'il y ait assurance facultative au 1er pilier

[21] En principe non s'il s'agit d'une exception selon la Convention au sens de la note 18 ci-dessus

[22] Si les conditions minimales sont remplies (art. 2 LPP, art. 1 OPP2 et le règlement des institutions de prévoyance respectives), sinon non

[23] Non s'il n'y a pas d'assurance au premier pilier en raison d'une exception au sens de la note 18 ci-dessus

159 Augmentation des émoluments pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle

Au cours de la première année de chaque législature, les émoluments doivent être réexaminés et ajustés au sens des instructions à observer dans les dispositions réglementaires régissant les émoluments (15 mai 1984; FF 1984 11403 s.).

Lors de la séance qu'il a tenue le 7 juin 1993, le Conseil fédéral a approuvé une modification de l'Ordonnance instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (OEPP; AS 831.435.2). L'ordonnance a été modifiée comme il suit le 1 juillet 1993:

Art. 4 al. 2 let. e
[2] ... L'émolument maximal s'élève à 3500 francs.

Art. 5 al. 2 let. e
[2] Il s'élève à:
e. 500 francs lorsque les primes sont supérieures à 50 000 000 francs.

L'émolument de surveillance, qui comprend un émolument de base ainsi qu'un émolument supplémentaire lorsque la couverture des risques est confiée à des tiers, est calculée sur la fortune ou sur le montant des primes versées à des tiers pour la couverture des risques. Le relèvement du montant maximum de l'émolument de base tient compte aussi bien de l'évolution des prix que de celle de la fortune des institutions de prévoyance.

En ce qui concerne l'émolument supplémentaire, les calculs prennent également en compte l'augmentation du volume des primes.

Jurisprudence

160 Intérêts moratoires prélevés sur les rentes d'invalidité

(Arrêt du TFA du 3.2.1993 en la cause K.)

(Art. 102, 105 CO; art. 23, 24 LPP)

Dans la prévoyance professionnelle, l'obligation de payer des intérêts moratoires n'est pas seulement valable pour les prestations de libre passage (cf. la jurisprudence suivie jusqu'à présent dans ATF 116 V 112, 115 V 35). Elle s'applique aussi à toutes les autres prestations et créances de cotisations de l'institution de prévoyance. Lorsqu'il s'agit de prestations de libre passage, des intérêts moratoires sont dûs sans autre à partir de l'échéance de paiement (art. 102 CO); dans le domaine des rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité, des intérêts ne sont dûs qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice (art. 105 CO). En l'espèce, le tribunal a donc approuvé l'obligation de payer des intérêts moratoires de 5 pour cent sur une rente d'invalidité, ceci malgré le fait que les statuts de l'institution de prévoyance ne comportent pas de règle à ce sujet.

161 Jurisprudence: droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.12.1990 et du 30.3.1993 en la cause K)

(Art. 28 LPP; art. 331 b CO)

Le règlement de l'institution de prévoyance concernée prévoit que l'assuré a droit, à l'expiration du rapport de travail, au plein capital de couverture s'il a été congédié par l'entreprise de l'employeur. Le tribunal est parvenu à la conclusion qu'une démission de l'employé doit être considérée comme un licenciement de l'employeur lorsque l'employé a été placé sans équivoque devant le choix de donner son congé ou d'être congédié.

162 Jurisprudence: cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage

(Remarque à propos des arrêts du TFA du 2.2.1993 en la cause S. B. ainsi que du 25.9.1992 en la cause S. W.)

(Art. 28 LPP; art. 331b et 342 al. 1 let. a CO)

Si l'employeur prend à sa charge, en vertu d'un accord contractuel, des sommes de rachat ou des cotisations de l'employé, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être considérées, dans un cas de libre passage, comme appartenant à l'employé ou à l'employeur. Le tribunal constate que le contrat de travail à lui seul n'a pas d'effet sur le plan du droit de prévoyance. Si le règlement de l'institution de prévoyance ne prévoit rien de particulier sur cette question, il est nécessaire de convenir en la matière d'une clause écrite différente du règlement. Mais une institution de prévoyance de droit public doit disposer à cet égard d'une base juridique claire. Si une telle réglementation sur le plan du droit de prévoyance fait défaut, la prestation concernée de l'employeur dans le cas de libre passage continue à être considérée comme une prestation appartenant à l'employé.

163 Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque que l'assuré quitte définitivement la Suisse

(Remarque à propos de l'arrêt du TFA du 20.1.1993 en la cause X)

(Art. 93 chiffre 13 LP)

Dans la pratique, les offices de poursuite essaient souvent de saisir la prestation de libre passage, notamment lorsque l'assuré quitte la Suisse définitivement et pourrait donc à ce titre faire valoir son droit au paiement de la prestation en espèces. Le Tribunal fédéral a maintenant tranché cette question si longtemps controversée. Il explique que la prestation de libre passage (que ce soit dans le régime obligatoire ou le régime hors obligatoire) au sens de l'article 93 chiffre 13 LP n'est pas considérée comme exigible et donc comme saisissable aussi longtemps qu'elle vise à maintenir la prévoyance. En l'espèce, l'employé, dans le cas de libre passage, a définitivement quitté la Suisse, cela sans avoir cependant présenté une demande de paiement de la prestation de libre passage. Le tribunal a établi que le fait de quitter la Suisse ne constituait pas à lui seul un motif suffisant pour pouvoir saisir la prestation de libre

passage. Aussi longtemps que l'assuré ne présente pas de demande de paiement en espèces, la prestation de libre passage reste insaisissable sur le plan du droit de poursuite. Le silence de l'assuré en la matière ne peut en aucun cas être interprété comme un consentement tacite à recevoir le paiement de la prestation de libre passage en espèces. Ces considérations du tribunal s'appliquent à notre avis aussi aux autres situations de paiement en espèces dans lesquelles l'assuré doit explicitement demander ce dernier (sauf si elles concernent une femme mariée ou une - activité lucrative indépendante).

164 Rente d'invalidité - Incapacité de travail d'une personne déjà invalide

(Remarque à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 1.9.1992 dans la cause R.)

(Art. 2, 10,23 LPP; Art. 1er al. 1 let. d OPP2)

Un assuré au bénéfice d'une rente entière d'invalidité, a été engagé pour effectuer un travail, pour lequel il a été affilié au fonds de prévoyance de l'employeur. Après un certain temps, en raison de cette invalidité, la poursuite du travail s'est avérée tout à fait impossible. L'assuré ayant fait une demande de pension d'invalidité auprès de sa caisse de pension qui l'a refusée, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de la manière suivante.

Les juges ont tout d'abord constaté que la déduction de coordination était plus basse que la limite inférieure légale de coordination. Par conséquent, la caisse de pension assurait un salaire qui se situait en deçà du minimum obligatoire, et par là, assurait la prévoyance dite sous-obligatoire, entrant dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Le Tribunal fédéral a donc conclu qu'il était nécessaire de procéder à un double examen en fonction des règles applicables à la fois au régime obligatoire et au régime hors obligatoire.

Du point de vue LPP minimum obligatoire, le Tribunal fédéral se fondant sur l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2 constate que les personnes invalides au sens de l'AI à raison des 2/3 au moins ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire, et ne peuvent non plus s'affilier à titre facultatif. A cette occasion, le Tribunal fédéral s'est penché sur la légalité de l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2, et a conclu à ce que la solution choisie par le Conseil fédéral n'est pas illégale, en ce sens que, il aurait été contraire à un principe fondamental en matière d'assurance de couvrir un risque déjà réalisé. Par ailleurs, le Tribunal fédérai relève qu'il est très rare qu'une personne invalide à raison des 2/3 au moins soit encore en mesure de réaliser un salaire supérieur au minimum de coordination.

En revanche, selon le Tribunal fédéral, l'article 1er, alinéa 1, lettre d OPP 2 ne permet pas d'exclure de l'assurance obligatoire des personnes qui ont été frappées d'une invalidité des 2/3 au moins et qui, ultérieurement, ont recouvré leur capacité de gain. Il en est de même pour les invalides de naissance qui parviennent, suite à la diminution de l'invalidité, à s'insérer dans la vie professionnelle. A cet effet, le Tribunal fédéral rappelle que pour que l'on puisse considérer que la capacité de gain d'une personne invalide jusqu'alors se soit améliorée dans une mesure qui permette un assujettissement à l'assurance obligatoire, il est nécessaire que ladite

amélioration ait été d'une certaine durée et qu'aucune aggravation prochaine ne soit à craindre. Par conséquent, un engagement temporaire ou une simple tentative de réadaptation ne suffirait pas à entraîner une affiliation à l'assurance. Enfin, à cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que pour décider de l'assujettissement d'une personne à la LPP, il faut tenir compte des circonstances du cas particulier, notamment de la nature de l'affection, du pronostic du médecin ainsi que des motifs qui ont conduit à l'engagement de l'intéressé. On ne saurait se fonder sans autres sur le délai de 3 mois prévu à l'article 88a alinéa 1 RAI, pour admettre que l'incapacité de travail est réduite ou supprimée.

Enfin, en se fondant sur la prévoyance plus étendue, le Tribunal fédéral constate que les institutions de prévoyance sont libres d'assurer des personnes invalides pour leur capacité résiduelle de gain. A cet effet, elles ont la possibilité d'instituer une réserve, limitée ou non dans le temps, pour l'affection qui est à l’origine de l'invalidité.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 26

du 16 novembre 1993

TABLE DES MATIERES

165 Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée

166 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1994

167 Pas d'adaptation des montants-limites en 1994 dans la LPP et le pilier 3a

168 Taux de cotisation pour le fonds de garantie pour l'an!1ée 1994

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

165 Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée

(art. 33 al. 1 LPP; art. 21-23 OPP 2)

Dans le bulletin no 25 du 26 juillet 1993, au chiffre 156, nous vous avons signalé que la base juridique pour allouer des bonifications complémentaires en faveur des membres de la génération d'entrée n'existera plus à partir de 1994. Le 20 octobre 1993, le Conseil fédéral a approuvé un message à l'intention des Chambres fédérales proposant une modification ad hoc de l'article 33 de la Loi fédérale du 25 juin 1985 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Les Chambres fédérales examineront ce message et le projet de loi dans les meilleurs délais, car la modification doit entrer en vigueur le 1er janvier 1994 afin que les membres de la génération d'entrée puissent profiter des mesures prévues dans la constitution.

Le droit en vigueur règle, pour l'essentiel, les bonifications complémentaires en faveur de la génération d'entrée aux articles 31-33 LPP et le financement des bonifications s'y rapportant, à l'article 70, 1er alinéa LPP. A cet égard l'article 33 LPP prévoit qu'au cours des neuf années qui suivent l'entrée en vigueur de la loi (1.1.85), ce seraient d'abord les personnes d'un certain âge appartenant à la génération d'entrée et ayant des revenus modestes qui recevraient des bonifications complémentaires uniques ajoutées à leurs bonifications de vieillesse ordinaires lors de la survenance du cas de prévoyance.

Or aucun argument objectif, ni les textes légaux, ne permettent de soutenir que l'on ne doive plus verser de bonifications complémentaires aux assurés en question pendant la dixième année suivant l'entrée en vigueur de la LPP, c'est à-dire en 1994. Les circonstances exposées plus haut permettent plutôt de conclure qu'il ne s'agit effectivement que d'une erreur de logique mathématique ou d'une erreur de formulation linguistique.

Puisqu'il est peu probable que la première révision ordinaire de la loi sur la prévoyance professionnelle entre en vigueur au 1er janvier 1995, il ne faudra pas se contenter d'édicter une réglementation limitée à un an, mais édicter une réglementation applicable jusqu'à ce que la loi révisée se rapportant à la génération d'entrée entre en vigueur. Par le biais de cette révision, on va pouvoir prendre en compte les demandes de la génération d'entrée de manière approfondie.

L'article 33 alinéa 1 LPP, dans sa version modifiée présentée aux deux Chambres fédérales par le Conseil fédéral, donne à ce dernier la compétence de prolonger la réglementation actuelle sur les bonifications complémentaires uniques dans le cadre légal inscrit dans la constitution quant à la durée. Le Conseil fédéral a ainsi - comme jusqu'à présent - la possibilité de fixer les prestations minimales garanties aux personnes appartenant à la génération d'entrée. Il peut également, ce qui est nouveau, délimiter, en fonction du revenu, la durée transitoire. Cette disposition est valable aussi longtemps que les prestations minimales pour la génération d'entrée ne font pas l'objet d'une nouvelle réglementation, prévue lors de la 1re révision de la LPP.

Les dispositions d'application pour l'article 33 LPP sont définies dans les articles 21 à 23 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse,

survivants et invalidité (OPP 2). Le Conseil fédéral prescrit aux institutions de prévoyance d'octroyer aux personnes appartenant à la génération d'entrée, lors de l'échéance d'une prestation de prévoyance, des bonifications complémentaires lorsque les bonifications de vieillesse n'atteignent pas un certain niveau. La modification légale proposée nécessite une adaptation correspondante de cette disposition en ce sens qu'il est précisé en particulier que seule la personne qui atteint l'âge de la retraite avant le 1er janvier 1994 peut bénéficier de bonifications complémentaires.

Le financement de ces bonifications complémentaires uniques continuera à être assuré par les ressources destinées à des mesures spéciales et représentant 1 pour cent de la somme des salaires coordonnés. Le calcul des bonifications complémentaires selon l'article 21 alinéa 2 OPP 2 peut être maintenu. Les tables que l'Office fédéral des assurances sociales a établies jusqu'ici pour l'application pratique des dispositions concernant les bonifications complémentaires continueront à être diffusées jusqu'à nouvel ordre.

Les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle continuent à être tenues soit de payer 1 pour cent de la somme des salaires coordonnés de leurs assurés pour ces prestations en faveur de la génération d'entrée soit de prouver, au moyen de la preuve globale, qu'elles versent au minimum les prestations prévues dans le cadre du maintien de la prévoyance.

Selon les estimations de l'OFAS, les institutions de prévoyance qui ne sont pas en mesure de se libérer de ces dépenses supplémentaires au moyen de la preuve globale devront dépenser à l'échelon national 40 millions pour 1993. Ces dépenses augmenteront au cours des prochaines années de 5 millions par an, de sorte que l'on doit compter avec 45 millions pour 1994, 50 pour 1995 et 55 pour 1996. Sous réserve d'une nouvelle réglementation lors de la 1re révision de la LPP, il y a lieu de s'attendre pour les prochaines années à une augmentation de ces dépenses, qui pourraient atteindre un montant d'environ 70 millions d'ici la fin du siècle. Il faut s'attendre par la suite à une rapide diminution de ces coûts.

S'il arrive qu'une institution de prévoyance ne soit pas en mesure de financer la totalité de ces prestations complémentaires au moyen des mesures spéciales en raison de la structure d'âge et de revenus de ses effectifs par exemple, l'article 32, 1er alinéa LPP, resp. l'article 22 OPP 2, stipule qu'elle n'est pas tenue de compléter les ressources manquantes. Le maintien de la réglementation selon l'article 33 LPP n'entraîne par conséquent aucune difficulté financière pour l'institution de prévoyance, ni de charge financière supplémentaire pour les employeurs et les salariés.

Au plan administratif et en matière du personnel, cette modification de loi n'entraînera pas de surcroît de travail pour les institutions de prévoyance, car il s'agit simplement de poursuivre la réglementation en vigueur.

166 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1994

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est-à-dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 92. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 1994, les rentes du régime obligatoire qui ont été versées pour la première fois au cours de l'année 1990 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à 13,1%.

Etant donné qu'aucune adaptation des rentes AVS n'aura lieu au 1er janvier 1994, les autres rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire ne seront pas adaptées non plus à cette même date.

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

167 Pas d'adaptation des montants-limites en 1994 dans la LPP et dans le pilier 3

(art. 2, 4, 7, 8, 46 LPP; art. 7 OPP 3)

La rente AVS minimale simple ne fera l'objet d'aucune modification en 1994. En conséquence, les montants-limites dans la LPP seront également inchangés par rapport à 1993.

Ils sont les suivants:

a. Pour la prévoyance professionnelle

- salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	22'560 Fr.
- déduction de coordination (art. 8 al. 1 LPP)	22'560 Fr.
- limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	67'680 Fr.
- salaire coordonné maximal	45'120 Fr.
- salaire coordonné minimal	2'820 Fr.

b. Pour la prévoyance liée du pilier 3a

Déduction maximale autorisée des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP 3) 5'414 Fr.
- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP 3) 27'072 Fr.

168 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP pour l'année 1994

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation de 0,04 pour cent de la somme des salaires coordonnés que le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP a fixé pour 1994. Aussi, le taux de cotisation reste inchangé depuis 1990.

Les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle doivent verser le montant correspondant au fonds de garantie afin que celui-ci puisse assurer les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable ou présente une structure d'âge défavorable.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 27

du 18 janvier 1994

TABLE DES MATIERES

169 Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée

170 Mise en oeuvre de la loi sur le libre passage

171 Encouragement à la propriété du logement

Jurisprudence

172 Pilier 3a: Condition de l'activité lucrative

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

169 Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée

(art. 33 al. 1. LPP; art. 21-23 OPP 2)

Dans le Bulletin n° 26 du 16 novembre 1993, nous vous avions signalé, sous le chiffre 165, que la loi présentait une lacune en ce sens que les membres de la génération d'entrée n'auraient pas droit aux bonifications complémentaires jusqu'à fin 1993 seulement, mais au moins en 1994 également. Le 17 décembre 1993, les Chambres fédérales ont approuvé la modification de l'article 33, 1er alinéa, LPP nécessaire à cet effet, modification qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1994, sous réserve d'un référendum dont le délai arrivera à expiration le 28 mars 1994 (cf. Feuille fédérale 1993 IV 579). Le Conseil fédéral vient de décider d'adapter aussi l'article 21, 1er alinéa, lettre b de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur l'assurance-vieillesse, survivants et Invalidité (OPP2) à cette modification de loi.

De la sorte, la poursuite de la réglementation actuelle sur les bonifications complémentaires uniques sera garantie jusqu'à la première révision de la LPP. Cette révision ne pourra toutefois pas entrer en vigueur au 1er janvier 1995, comme cela avait été initialement prévu. Les tableaux élaborés par l'Office fédéral des assurances sociales pour l'application pratique des dispositions relatives aux bonifications complémentaires continueront eux aussi à être utilisés. Jusqu'ici, ces tableaux étaient établis à un rythme bisannuel, ils seront dorénavant conçus et publiés chaque année.

La brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: Tableaux et exemples d'application pour l'année 1994" peut être commandée auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel OFCIM, 3000 Berne; le n° de commande est le suivant: 318.762.94 d/f/i.

170 Mise en oeuvre de la loi sur le libre passage

Le 17 décembre 1993, les Chambres fédérales ont adopté la loi sur le libre passage. Le délai référendaire expire le 28 mars 1994 (cf. FF 1993 IV 566 s.).

L'entrée en vigueur de cette loi est prévue pour le 1er janvier 1995.

La mise en oeuvre de cette loi sera assurée par le Département fédéral de l'intérieur ou plus exactement par l'Office fédéral des assurances sociales. Il reviendra en premier lieu à ce dernier d'édicter une ordonnance sur le libre passage qu'il est en train de préparer avec un groupe de travail de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral adoptera probablement cette ordonnance en été 94. L'Office fédéral des assurances sociales projette d'organiser une séance d'information tout de suite après pour que la loi et l'ordonnance soient correctement introduites. Nous vous donnerons plus de précisions en temps voulu.

171 Encouragement à la propriété du logement

Dans la pratique, on est parfois d'avis que (cf; H.U. Stauffer « Pensionskasse,Das müssen Sie wissen, Tips für den richtigen Umgang mit der 2 Säule », dans: K-Dossier Nummer 2, p. 58 s.) les fonds de la prévoyance professionnelle liés dans le cadre d'une institution de libre passage peuvent être utilisés dès maintenant, c'est-à-dire juste avant l'entrée en vigueur de la réglementation sur l'encouragement de la propriété du logement prévue pour le 1er janvier 1995, afin de permettre aux assurés d'acquérir la propriété de leur logement. Or cette opinion est erronée.

Il faut cependant dire qu'en son temps; le Conseil fédéral avait décidé, dans le cadre des mesures urgentes destinées à améliorer la situation sur le marché de la propriété du logement, de permettre aux assurés d'accéder immédiatement aux fonds de prévoyance crédités sur des comptes ou sur des polices de libre passage pour acquérir leur logement. Les réserves émises par les milieux spécialisés l'ont toutefois incité par la suite à renoncer à mettre cette mesure en oeuvre, d'autant plus que l'ensemble de la réglementation concernant l'encouragement à la propriété du logement qui va bientôt entrer en vigueur couvre également ce domaine.

Jurisprudence

172 Pilier 3a: Condition de l'activité lucrative

(référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 juillet 1993)

Dans l'arrêt susmentionné, le Tribunal fédéral a confirmé que, pour l'application et le traitement fiscal privilégié de la prévoyance personnelle liée (pilier 3a) au sens de l'Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (OPP 3), la condition exigée est que la personne concernée exerce une activité lucrative

Remarque: dans le cadre des travaux préparatoires de la première révision LPP, on étudie si, à l'avenir, il serait possible, sous certaines conditions, de renoncer à cette condition de l'activité lucrative - du moins en cas de chômage passager - dans le pilier 3a.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 28

du 30 mai 1994

TABLE DES MATIERES

173 libre passage, encouragement à la propriété du logement et génération d'entrée

Jurisprudence

174 Mesures provisionnelles

175 Age de la retraite différent pour l'homme et pour la femme

176 Contrat d'affiliation; dette de cotisations

177 Rente d'invalidité; recouvrement de la pleine capacité de travail et interruption du délai d'attente

InfOFAS

178 Nomination d'une nouvelle responsable à la tête de la section (biffé)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

173 Libre passage, encouragement à la propriété du logement et génération d'entrée

Personne n'a fait usage, dans le délai imparti qui expirait au 28.3.1994, du droit de référendum contre les lois fédérales du 17 décembre 1993 sur le libre passage et sur l'encouragement à la propriété du logement ainsi que contre la réglementation relative à la prolongation des bonifications complémentaires uniques destinées aux personnes faisant partie de la génération d'entrée (art. 33 LPP). De la sorte, ces textes de loi vont entrer en vigueur selon le calendrier suivant:

a. L'article 33 LPP concernant les bonifications complémentaires destinées aux personnes faisant partie de la génération d'entrée entre rétroactivement en vigueur au 1er janvier 1994.

b. La Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle et l'ordonnance s'y rapportant ainsi que

c. la Loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle et l'ordonnance s'y rapportant

seront mises en application par le Conseil fédéral vraisemblablement le 1er janvier 1995.

Les ordonnances sur le libre passage et l'encouragement à la propriété du logement seront adoptées par le Conseil fédéral au cours de cet été. Cette manière de faire permet de garantir, conjointement avec le travail de relations publiques prévus par l'OFAS et par des milieux privés, que l'introduction de cette matière juridique sera réalisée dans les meilleures conditions.

Jurisprudence

174 Mesures de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 24.5.1993, en la cause S.R.)
(Art. 73 LPP; art. 1 al. 3, 5 al. 1 et 2,56 LPA; art. 97 al. 1 et 128 CO)

Dans le cadre de la voie d'action devant le juge de première instance, une mesure suspensive ne peut pas être prise en considération faute de base légale. Il est ici nécessaire d'ordonner des mesures provisionnelles.

L'article 56 LPA forme une base dans le droit fédéral pour l'autorité de première instance saisie en matière de mesures provisionnelles dans des affaires concernant la LPP, même si cette dernière prévoit l'action en justice comme voie de procédure.

175 Age de la retraite différent pour les hommes et pour les femmes

(référence à l'arrêt du TFA du 18.6.1993, en la cause S.W.)
(Art. 4 al. 2 Cst.; art. 13, 14 LPP)

Dans son arrêt du 18 juin 1993, le Tribunal fédéral des assurances a décidé que la disposition réglementaire d'une institution de prévoyance de droit public prévoyant qu'un homme qui prend une retraite anticipée à 62 ans reçoit une rente réduite par rapport à celle d'une femme retraitée à 62 ans alors même que ces deux personnes présentent un temps d'assurance complet de 40 années, enfreignait l'égalité des droits entre hommes et femmes inscrite dans la constitution.

Malgré cette inconstitutionnalité; le juge ne peut pas sans autre se mettre à la place du législateur. Il n'existe pas de disposition de droit fédéral ni de principe juridique général relevant du droit fédéral qui obligerait une institution de prévoyance à attribuer une rente de vieillesse non réduite à ses assurés lorsque ceux-ci ont accompli un certain nombre d'années de cotisations. Comme une adaptation des dispositions réglementaires à l'égalité de traitement prescrite dans la constitution a des répercussions sur tout le système de financement d'une institution de prévoyance, ce n'est pas au juge, mais au législateur de procéder à une telle adaptation. Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi confirmé sa jurisprudence appliquée dans l'ATF 117 V 318.

176 Contrat d'affiliation; dette de cotisations

(référence à l'arrêt du TFA du 22.3.1993, en la cause S.T.)
(Art. 11, 12, 66 LPP; art. 5 CO)

Dans son arrêt du 22 mars 1993, le TFA a constaté que le fait qu'un contrat collectif avec une société d'assurance-vie ait été signé avec beaucoup de retard par une institution de prévoyance ne change rien à la validité de ce contrat. Sur le plan juridique, un contrat d'affiliation avec une institution de prévoyance à signer par un employeur représente une offre de conclure un contrat au sens de l'article 5 CO. Comme cette offre n'était pas impartie d'un délai et n'a pas non plus été révoquée, le contrat pouvait être signé à un moment ultérieur sans qu'il perde sa validité.

177 Rente d'invalidité; recouvrement de la pleine capacité de travail et interruption du délai d'attente

(référence à l'arrêt du TFA du 30.11.1993, en la cause S.H.)
(Art. 23, 26 al. et 3 LPP; art. 29 al. 1 let b LAI; art. 29ter, 88a al. 1 RAI)

La notion d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire et celle de l'assurance-invalidité est fondamentalement la même. Les prestations d'invalidité selon la LPP sont dues par l'institution de prévoyance auprès de laquelle le demandeur de prestations était assuré lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité.

Les principes contraignants qui découlent de la décision de l'AI (commission AI) valent non seulement pour la fixation du taux d'invalidité mais aussi pour la naissance du droit aux prestations, resp. quant à la question de savoir à partir de quel moment la capacité de travail s'est considérablement détériorée ou quand disparaît l'invalidité.

L'obligation pour l'institution de prévoyance de verser des prestations s'éteint en principe lorsque le délai d'attente selon l'article 29 al. 1 let b RAI est interrompu par le recouvrement d'une pleine capacité de travail de 30 jours consécutifs au moins ou si l'invalidité disparaît après la fin du rapport d'assurance (et, éventuellement, réapparaît ultérieurement avec la même origine).

Comme des solutions schématiques ne sont pas possibles dans de tels cas, il convient d'examiner concrètement de cas en cas si le recouvrement de la pleine capacité de travail est réellement durable, autrement dit si cette dernière a duré sans discontinuité, en principe pendant plus de trois mois. A cet égard, il est déterminant de savoir si la personne assurée a vraiment exercé un travail pendant cette période et si le recouvrement durable de la capacité de travail apparaît vraisemblable en s'appuyant sur les résultats de l'essai de réadaptation professionnelle.

178 Nomination d'une nouvelle responsable de la section Surveillance de la prévoyance professionnelle à l'OFAS (biffé)

BSV / OFAS / UFAS / Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 29

du 17 juin 1994

179 Importantes remarques concernant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (LFLP)

Dans la perspective de la mise en vigueur de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (LFLP), nous nous permettons d'attirer l'attention des employeurs et des responsables de caisses de pension sur les points suivants:

1. Le Conseil fédéral a l'intention de mettre en vigueur au 1er janvier 1995 la loi sur le libre passage du 17 décembre 1993. L'ordonnance s'y rapportant est en préparation et sera selon toute probabilité adoptée par le Conseil fédéral le 17 août 1994. L'une des dispositions de cette loi aura déjà une importance toute particulière, principalement pour les employeurs affiliés à une institution de prévoyance relevant du droit public qui, avec le consentement de l'autorité de surveillance, ne sont pas contraintes d'établir leur bilan selon le principe de la caisse fermée. Il s'agit de l'article 19 en vertu duquel ces institutions

> **"ne sont pas autorisées à prendre en compte le découvert technique dans le calcul des prestations de sortie."**

2. Aux termes de l'article 23, 4e alinéa, lettre c, de la loi sur le libre passage, la résiliation d'un contrat d'affiliation est traitée comme une liquidation partielle présumée. Sur la base de cette future situation juridique, tout employeur dont le contrat qui le lie à une institution de prévoyance relevant du droit public sera résilié après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage devra s'attendre à devoir financer à l'institution de prévoyance la lacune de couverture qu'il lui aura effectivement causée du fait de la résiliation de son contrat, ce qui pourra avoir pour lui des conséquences financières considérables.

Dans cette optique, il faut que l'employeur décide le plus rapidement possible s'il veut maintenir le rapport d'affiliation qui le lie à son institution de prévoyance et de quelle manière il compte le faire. Il doit notamment veiller à résilier ce contrat dans les délais, étant donné que des délais de six mois en la matière ne sont pas rares.

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 30

du 5 octobre 1994

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

Edition spéciale

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Dans sa séance du 3 octobre 1993, le Conseil fédéral a fixé au 1er janvier 1995 la mise en vigueur de la Loi fédérale, sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et de la Loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle ainsi que des ordonnances qui s'y rapportent, adoptées lors de cette séance. L'expérience montre qu'il faut un certain temps jusqu'à ce que les actes législatifs soient publiés dans le Recueil officiel des lois fédérales (RO). Comme les institutions de prévoyance ont besoin de connaître le plus rapidement possible le contenu de ces deux ordonnances, nous avons décidé de les publier dans une édition spéciale en version non-officielle avec les commentaires correspondants. Nous attirons votre attention sur le fait que seul le texte publié dans le Recueil officiel des lois fédérales fera foi.

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Ordonnance
sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

du 3 octobre 1994

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'article 26 de la loi fédérale du 17 décembre 1993[1] sur le libre passage (LFLP);
vu l'article 99 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance[2] (LCA),

arrête:

Section 1 : Cas de libre passage

Article premier Obligation d'informer

[1] L'employeur doit communiquer immédiatement à l'institution de prévoyance l'adresse, ou, à défaut de celle-ci, le numéro AVS de l'assuré dont les rapports de travail ont été résiliés ou dont le degré de l'activité lucrative a été modifié. Il lui indiquera également si la résiliation des rapports de travail ou la modification du degré de l'activité lucrative résulte d'une atteinte à la santé.

[2] Lorsqu'il quitte une institution de prévoyance, l'assuré lui indique à quelle nouvelle institution de prévoyance ou à quelle institution de libre passage elle doit transférer la prestation de sortie.

[3] L'employeur doit communiquer à l'institution de prévoyance le nom des assurés qui se sont mariés.

Art. 2 Obligation de constater et de communiquer

[1] L'institution de prévoyance doit déterminer pour l'assuré qui a atteint l'âge de 50 ans après le 1er janvier 1995 ou qui se marie après cette date, la prestation de sortie à laquelle il a droit à ce moment-là.

[2] Elle doit, en outre, déterminer pour chaque assuré:

a) le montant de la première prestation de sortie communiqué après le 1er janvier 1995, conformément à l'article 24 LFLP, et la date à laquelle il a été communiqué; ou
b) le montant de la première prestation de sortie, échue après le 1er janvier 1995, mais avant la première communication selon l'article 24 LFLP, ainsi que la date de son échéance.

---

[1] RS…., RO…. (FF 1993 IV 578)
[2] RS 221.229.1

[3] Lors d'un cas de libre passage, l'institution de prévoyance transmet à la nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage les informations mentionnées aux alinéas 1 et 2.

Art. 3 Communication de données médicales

Seul le service médical de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente est autorisé à communiquer au service médical de la nouvelle institution de prévoyance les données médicales d'un assuré. Le consentement de l'assuré est nécessaire.

Art. 4 Restitution de la prestation de sortie

Si la nouvelle institution de prévoyance doit restituer des prestations de sortie à l'ancienne, conformément à l'article 3, 2e alinéa, LFLP, les éventuelles réductions des prestations pour cause de surindemnisation ne doivent pas être prises en considération pour le calcul de la valeur actuelle de la prestation. Celle-ci est calculée sur la base des données techniques d'assurance de l'ancienne institution.

Art. 5 Calcul de la prestation de sortie

L'institution de prévoyance est tenue de fixer dans son règlement si elle calcule le montant de la prestation de sortie selon le système de la primauté des cotisations au sens de l'article 15 LFLP ou selon celui de la primauté des prestations au sens de l'article 16 LFLP.

Art. 6 Calcul du montant minimal

[1] Les cotisations et les prestations d'entrée de l'assuré servent à calculer le montant minimal selon l'article 17 LFLP. Si, durant un certain temps, seules des cotisations de risque ont été payées, celles-ci n'entrent pas en considération.

[2] Le taux d'intérêt selon l'article 17, alinéas 1et 4, LFLP correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP.

[3] La part des prestations d'entrée apportées qui a servi au financement des prestations selon l'article 17, 2e alinéa, lettre a, LFLP, ne doit pas être prise en considération pour calculer la prestation minimale.

[4] Les cotisations destinées à financer les rentes transitoires de l'AVS peuvent être déduites en vertu de l'article 17, 2e alinéa, lettre c, LFLP lorsque l'octroi des rentes en question débute au plus tôt cinq ans avant que les personnes assurées n'atteignent l'âge ordinaire de la retraite au sens de l'AVS. Si des motifs suffisants le justifient, ce délai peut être porté à dix ans au maximum.

[5] La majoration prévue à l'article 17, 1er alinéa; LFLP, est, à 21 ans; de quatre pour cent et elle augmente de quatre pour cent par an.

Art 7 Taux de l'intérêt moratoire

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté d'un pour cent.

Art. 8 Taux d'intérêt technique

La marge du taux d'intérêt technique oscille entre 3,5 et 4,5 pour cent.

Art. 9 Liquidation partielle

Pour calculer les fonds libres au sens de l'article 23, 2e alinéa, LFLP, l'institution de prévoyance doit se fonder sur un bilan commercial et technique, lequel fera ressortir de manière claire la situation financière réelle à ce moment-là.

Section 2 : Maintien de la prévoyance

Art. 10 Formes

[1] La prévoyance est maintenue au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage.

[2] Par polices de libre passage, on entend des assurances de capital ou de rentes, y compris d'éventuelles assurances complémentaires décès ou invalidité, qui sont affectées exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclues:

a. auprès d'une institution d'assurance soumise à la surveillance ordinaire des assurances ou auprès d'un groupe réunissant de telles institutions d'assurance, ou
b. auprès d'une institution d'assurance de droit public au sens de l'article 67, 1er alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982[3] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

[3] Par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une. fondation qui remplit les conditions fixées à l'article 19. Ces contrats peuvent être complétés par une assurance décès ou invalidité.

Art. 11 Réserves pour raisons de santé

[1] Les articles 14 LFLP et 331c du code des obligations (CO)[4] sont applicables par analogie aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires visées à l'article 10, 3[e] alinéa, 2[e] phrase.

[3] RS 831.40
[4] RS 220

Art. 12 Transmission

[1] La prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum.

[2] Les assurés qui entrent dans une nouvelle institution de prévoyance au cours de l'année qui suit leur sortie de l'ancienne doivent en informer l'institution de libre passage.

[3] L'institution de libre passage est tenue de transférer le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée.

[4] L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance.

Art. 13 Étendue et forme des prestations

[1] L'étendue des prestations en cas de vieillesse, de décès ou d'invalidité ressort du contrat ou du règlement.

[2] Les prestations sont versées conformément au contrat ou au règlement sous la forme d'une rente ou d'un capital. Le paiement en espèces (art. 5 LFLP) ainsi que le prêt anticipé (art. 30c LPP et art. 331e CO) sont également considérés comme des prestations.

[3] Les rentes de survivants et d'invalidité doivent être adaptées à l'évolution des prix conformément à l'article 36, 1er alinéa, LPP, dans les limites de la prévoyance minimale légale. Celle-ci est déterminée par l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré en vertu de la LPP en cas de libre passage.

[4] Le montant du capital de prévoyance correspond:

a. pour la police de libre passage, à la réserve mathématique;
b. pour le compte de libre passage, à la prestation de libre passage apportée par l'assuré, augmentée des intérêts; les frais résultant de la couverture des risques de même que les frais administratifs, peuvent être déduits si cela a été conclu.

Art. 14 Paiement en espèces

L'article 5 LFLP s'applique par analogie au paiement en espèces.

Art. 15 Bénéficiaires

[1] Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires s'agissant du maintien de la prévoyance:

a. en cas de survie, les assurés;
b. en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
   1. les survivants au sens de la LPP, ainsi que le veuf;
   2. les personnes physiques à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle;
   3. les autres héritiers légaux, à l'exclusion des collectivités publiques.

[2] L'assuré peut préciser dans le contrat les droits de chacun des bénéficiaires et inclure dans le cercle des personnes défini au 1er alinéa, lettre b, chiffre 1, celles qui sont mentionnées au chiffre 2.

Art. 16 Paiement des prestations de vieillesse

[1] Les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS, au plus tard cinq ans après qu'il l'a atteint.

[2] Si l'assuré perçoit une rente d'invalidité de l'assurance invalidité fédérale et si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire au sens de l'article 10, alinéa 2 et alinéa 3, 2e phrase, la prestation de vieillesse peut lui être versée plus tôt.

Art. 17 Cession et mise en gage

Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent être ni cédés ni mis en gage. L'article 22 LFLP et les articles 30b LPP et 331 d CO sont réservés.

Art. 18 Financement

[1] Les prestations sont financées au moyen de la prestation de libre passage apportée.

[2] Les frais résultant de la couverture supplémentaire des risques de décès et d'invalidité peuvent être prélevés sur le capital de prévoyance ou couverts par des cotisations supplémentaires.

Art. 19 Disposition en matière de placement pour les fondations de libre passage

[1] L'article 71, 1er alinéa, LPP, et les articles 49 à 60 de l'ordonnance du 18 avril 1984[5] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) s'appliquent au placement des fonds provenant des fondations de libre passage. Ces fonds ne peuvent être placés qu'auprès ou par l'intermédiaire d'une banque régie par la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.

[5] RS 831.441.1

[2] Les placements effectués par une fondation en son nom auprès d'une banque sont considérés comme des dépôts d'épargne de chacun des assurés, au sens de la loi sur les banques.

Section 3 : Dispositions finales

Art. 20 Analyse des conséquences

L'Office fédéral des assurances sociales procède, de concert avec les experts, à une analyse des conséquences du libre passage sur les assurés, les institutions de prévoyance et sur les institutions de libre passage.

Art 21 Abrogation du droit en vigueur

L'ordonnance du 12 novembre 1986[6] sur le maintien de la prévoyance et le libre passage est abrogée.

Art. 22 Modification du droit en vigueur

[1] L'ordonnance du 18 avril 1984[7] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2) est modifiée comme suit:

Art. 11, 3e al., let a
[3] Si un événement assuré se réalise ou si l'assuré quitte l'institution de prévoyance en cours d'année, le compte de vieillesse sera crédité:

a. de l'intérêt prévu au 2e alinéa, lettre a, calculé progressivement jusqu'à la survenance d'un cas d'assurance ou d'un cas de libre passage au sens de l'article 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1993[8] sur le libre passage.

[2] L'ordonnance du 13 novembre 1985[9] sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3) est modifiée comme suit :

Art. 3, 2e al., let. d

[2] Le versement anticipé des prestations de vieillesse est possible lorsque le rapport de prévoyance est résilié pour l'une des raisons suivantes:

---

[6] RSRO 1986 2008
[7] RS 831.441.1
[8] RS…. ; RO….
[9] RS 831.461.3

d. l'institution de prévoyance est tenue, conformément à l'article 5 de la loi fédérale du 17 décembre 1993[10] sur le libre passage de s'acquitter de son obligation par un versement en espèces.

Art. 23 Disposition transitoire

Les banques cantonales qui gèrent des comptes de libre passage en dehors d'une fondation de libre passage doivent transférer ces comptes dans une fondation, au plus tard une année après l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Art. 24 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1er janvier 1995.

3 octobre 1994 Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération: Stich
Le chancelier de la Confédération: Couchepin

[10] RS….

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Commentaire

I Généralités

L'ordonnance contient, dans une première section, des dispositions réglant le cas de libre passage plus en détail. Le cas de libre passage survient lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance; dans un tel cas, l'assuré a droit à une prestation de sortie (art. 2, 1er alinéa LFLP). Il s'agit ici de pures prescriptions d'exécution au sens de l'article 26, 1er alinéa, première partie de la première phrase LFLP.
La deuxième section de l'ordonnance règle le maintien de la prévoyance lorsque la personne assurée quitte son actuelle institution de prévoyance sans entrer immédiatement dans une nouvelle institution. La loi ne comporte pas de dispositions relatives aux formes du maintien de la prévoyance; en lieu en place, elle délègue dans une large mesure au Conseil fédéral la compétence matérielle de réglementer cet important domaine de la prévoyance professionnelle (art. 26, 1er al., deuxième partie de la première phrase LFLP).
Vu que le libre passage, avec cette nouvelle loi, est réglé de manière fondamentalement nouvelle, il ne serait pas approprié de procéder à une simple adaptation de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (RS 831.425; ci-après abrégée: ordonnance actuelle sur le libre passage) actuellement en vigueur déjà en raison du seul fait que son volume n'est pas adapté à la teneur de la nouvelle loi. Elle sera donc remplacée par la présente ordonnance. On a, à cet égard, veillé à garantir le plus possible la continuité dans la pratique.

II Commentaire relatif aux différentes dispositions de l'ordonnance

Section 1: Cas de libre passage

Les dispositions, concernant le cas de libre passage sont nouvelles par rapport à l'actuelle ordonnance sur le libre passage, à l'exception de l'article 13.

Article 1

Cette disposition vise à ce que l'institution de prévoyance reçoive les informations qui lui sont nécessaires pour traiter le cas de prévoyance sans difficulté. Elle reprend dans les grandes lignes la réglementation analogue figurant à l'article 13, alinéas 1 et 4 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage (le 2e alinéa a déjà pu être intégré dans l'article 4, 1er alinéa LFLP; le 3e alinéa l'a été dans l'article 8, 3e alinéa LFLP).

Le premier alinéa oblige l'employeur ou l'employeuse à annoncer sans retard à l'institution de prévoyance les assurés dont le contrat de travail a été résilié ou dont

l'activité lucrative a été modifiée. L'institution de prévoyance devra également savoir si l'assuré concerné présente à ce moment-là une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident. Cette information est importante pour l'institution dans la mesure où l'incapacité de travail peut éventuellement conduire plus tard à l'invalidité ou au décès et que l'institution de prévoyance devra alors verser des prestations d'invalidité ou des prestations pour survivants même si l'assuré n'est plus affilié à cette institution (art. 18 et 23 LPP).

En vertu de l'alinéa 2, les assurés doivent communiquer l'adresse de la nouvelle institution de prévoyance ou, le cas échéant, de l'institution de libre passage (voir commentaire relatif à l'article 10 en ce qui concerne la notion d'institution de libre passage) à l'actuelle institution de prévoyance afin que celle-ci sache où verser la prestation de sortie. Si l'assuré omet de fournir ces informations, les dispositions de l'article 4, 2e alinéa de la loi sur le libre passage s'appliquent: la prestation de sortie est transférée auprès de l'institution supplétive qui fait ici office d'institution de libre passage.

L'alinéa 3 ne se réfère pas en premier lieu au cas de libre passage. L'institution de prévoyance doit connaître la date du mariage afin qu'elle puisse déterminer la prestation de sortie à ce moment-là (cf. art. 2).

Article 2

Cette disposition oblige les institutions de prévoyance à déterminer certaines données de référence nécessaires lorsque la personne assurée quitte l'institution et à les transmettre à la nouvelle institution de prévoyance ou de libre passage.

Selon le premier alinéa, font partie de ces données, d'une part, la prestation de sortie au moment de la conclusion d'un mariage pour le calcul de la prestation de sortie en cas de divorce (art. 22) et, d'autre part, la prestation de sortie lorsque la personne assurée atteint 50 ans pour définir le versement anticipé auquel celle-ci a droit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art.30c, art. 331e CO).

Comme cette obligation de constater n'existait pas jusqu'à présent en raison du fait qu'elle n'avait pas d'importance, on doit en revanche se demander maintenant comment procéder dans les cas pour lesquels ces données de référence se situent dans le passé, autrement dit avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le libre passage. Il va de soi que l'on ne peut plus déterminer ces données avec précision ou que l'on ne peut parfois même plus du tout les déterminer. C'est la raison pour laquelle on se fondera, en vertu de l'alinéa 2, sur les prestations de sortie communiquées après le 1er janvier 1995; sur la base de ces dernières, il est ensuite possible de calculer approximativement, selon des principes actuariels, la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage ainsi que la prestation de sortie au moment où la personne assurée a atteint 50 ans.
Cette réglementation ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les institutions de prévoyance, mais également pour les institutions de libre passage.

Article 3

La disposition tient compte de la protection des données et de la personnalité en stipulant que les données médicales ne peuvent être communiquées que par les services médicaux d'une institution de prévoyance et uniquement à l'adresse des services médicaux de l'autre institution de prévoyance: Par "services médicaux confidentiels" on peut tout à fait aussi entendre un "service composé d'une seule personne".

Article 4

Si l'ancienne institution de prévoyance doit verser des prestations pour survivants et des prestations d'invalidité après qu'elle ait déjà transféré la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance, cette dernière prestation doit lui être restituée en vertu de l'article 3, alinéa 2 dans la mesure où elle en a besoin. Ce montant correspond à la valeur actuelle de la prestation due calculée sur la base des données techniques de l'institution prestataire. Pour des raisons de simplification de procédure, les réductions de prestations pour cause de surindemnisation ne doivent pas entrer en ligne de compte.

Article 5

Les types d'institution de prévoyance étant extrêmement variés, l'institution de prévoyance doit fixer dans son règlement quelle méthode elle utilise pour calculer la prestation de libre passage; cette mesure vise une meilleure transparence.

Article 6

Le premier alinéa autorise à ne pas prendre en compte les cotisations qui ont été versées pendant un certain temps exclusivement pour financer des prestations de risque.

L'intérêt mentionné dans l'article 17, alinéas 1 et 4 LFLP doit correspondre, selon le 2e alinéa, au taux d'intérêt minimal de la LPP. Ce dernier est actuellement de 4 pour cent (art. 12 OPP 2).

Les sommes déductibles selon l'article 17, 2e alinéa LFLP servant à la couverture des prestations peuvent être financées aussi bien par des cotisations périodiques que par des prestations d'entrée apportées. Si ces sommes sont financées par des prestations d'entrée apportées, l'alinéa 3 précise que dans ce cas, elles ne peuvent être déduites lors du calcul de la prestation minimale.

La prise en considération des cotisations destinées à financer des rentes transitoires jusqu'à la rente AVS ordinaire est, en vertu de l'alinéa 4, liée à un délai. Cette clause est prévue afin d'empêcher l'octroi de rentes transitoires en l'absence de motifs objectifs au sens de la prévoyance professionnelle. Ces cotisations peuvent être prises en considération lorsque l'octroi des rentes en question débute au plus tôt cinq ans avant le début de la rente AVS ordinaire. Dans des cas particuliers, autrement dit lorsque que l'on a affaire à des personnes assurées exerçant une profession particulièrement nuisible à la santé, l'octroi de cette rente transitoire peut

commencer, si les motifs avancés sont justifiés, dix ans avant l'âge ordinaire de la retraite AVS.

L'alinéa 5 précise, sur le modèle du libellé plus clair en français de l'article 17, 1er alinéa LFLP, que la majoration de 4 pour cent est accordée pour la première fois lorsque la personne assurée a 20 ans révolus, donc lorsque celle-ci entame sa 21e année.

Article 7

Le taux de l'intérêt moratoire est actuellement de 5 pour cent (autrement dit 4% + 1%). Il sera adapté en fonction d'une éventuelle modification du taux d'intérêt minimal selon l'article 12 OPP 2.

Article 8

La marge du taux d'intérêt technique oscillant entre 3,5 et 4,5% correspond au segment des taux d'intérêt appliqués déjà aujourd'hui par la plupart des institutions à primauté de prestations. A cet égard, il convient de rappeler, notamment à l'adresse des institutions pratiquant des taux d'intérêt technique plus élevés, le délai d'adaptation prévu à l'article 27 de la loi sur le libre passage.

Article 9

Le bilan commercial et technique dont il est fait mention doit comporter des explications telles que l'autorité de surveillance puisse connaître clairement la situation financière réelle de l'institution concernée et prendre les décisions nécessaires.

Section 2: Maintien de la prévoyance

La réglementation concernant le maintien de la prévoyance est reprise dans une large mesure de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, mais elle a été adaptée aux exigences de la LFLP. Cela permet de garantir une continuité par rapport à la pratique actuelle.

Article 10

Les formes de maintien de la prévoyance sont énumérées de manière exhaustive dans le premier alinéa. Elle sont au nombre de deux: le compte de libre passage et la police de libre passage. Ces formes ont déjà cours actuellement et sont définies dans les alinéas suivants. La poursuite de l'assurance auprès de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente après la résiliation du contrat de travail (art. 2, 1er alinéa de l'actuelle ordonnance de libre passage) ne constitue plus, en vertu de l'article 2 LFLP, un cas de libre passage et ne compte donc plus au nombre des formes reconnues de maintien de la prévoyance au sens de la LFLP (Message LFLP, FF 1992 III p. 572). Le maintien de l'assurance auprès de l'institution supplétive est déjà réglé dans l'article 47 LPP.

Les alinéas 2 et 3 définissent les polices de libre passage et les comptes de libre passage, et déterminent les institutions qui les gèrent. Par rapport à la disposition actuelle, de telles institutions sont maintenant qualifiées dans leur ensemble d'"institutions de libre passage" selon l'article 4, alinéa 3 LFLP. On a ainsi procédé, par le biais du terme utilisé, à une délimitation claire entre ces institutions et les institutions de prévoyance au sens de l'article 48 ss. LPP. Ainsi, une institution de prévoyance ne peut par exemple plus agir parallèlement en qualité d'institution de libre passage. Quant aux institutions de libre passage, elles ne peuvent plus recevoir des capitaux autres que des prestations de sortie versées par des institutions de prévoyance.

Dans l'alinéa 2, la police de libre passage et définie comme dans l'actuelle ordonnance sur le libre passage (art. 2, al. 2): il s'agit d'une assurance qui comporte une assurance de base en cas de vieillesse, décès et invalidité, à laquelle vient s'ajouter une assurance complémentaire - facultative pour l'assuré - pour couvrir les risques de décès et d'invalidité. Ces polices de libre passage peuvent être conclues auprès d'une institution d'assurance privée ou relevant du droit public ou d'un groupe réunissant de telles institutions d'assurance (pool). En revanche, les fondations communes instituées par les partenaires sociaux (art. 2, al. 2, let. a de l'actuelle ordonnance de libre passage) ne figureront plus au nombre de ces institutions, car elles sont en train de disparaître.

Le compte de libre passage défini dans l'alinéa 3 est axé sur l'épargne, comme c'est d'ailleurs aussi le cas dans la réglementation actuelle (art. 2, al. 3 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage); il peut être complété par une assurance-risques facultative. Les comptes de libre passage ne peuvent être proposés que par des institutions spécialement affectées à ce but, telles les fondations de libre passage des banques. En conséquence, la gestion d'un compte de libre passage par une institution de prévoyance n'est pas autorisée, même si celle-ci est organisée sous la forme d'une fondation. L'élément nouveau par rapport à l'actuelle ordonnance de libre passage est que les banques cantonales qui veulent gérer des comptes de libre passage doivent désormais créer des fondations ou s'affilier à une autre fondation. Un délai de carence d'une année leur est accordé pour ce faire (art. 23).

Article 11

Les dispositions concernant les réserves pour raisons de santé mentionnées dans l'article 14 LFLP ainsi que dans l'article 331c CO visent en premier à assurer un passage en douceur d'une institution de prévoyance à une autre. Par la disposition de la présente ordonnance, elles sont applicables également aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires dans les comptes de libre passage.

Article 12

Cette disposition renforce, aux alinéas 1 à 3, la réglementation actuelle dans l'intérêt des assurés et pour prévenir les fuites devant l'impôt.

En vertu du premier alinéa, la prestation de sortie ne peut pas être transférée à plus de deux institutions de libre passage par cas de libre passage; à cet égard, les

assurés peuvent choisir entre deux institutions de même forme ou deux différentes formes d'institution.

Selon l'article 3, 1er alinéa LFLP, l'institution de prévoyance est tenue de verser la prestation de sortie à la nouvelle institution. Les alinéas 2 et 3 règlent l'obligation de transmission pour les cas dans lesquels la personne assurée n'entre pas dans une nouvelle institution de prévoyance dans l'année qui suit la sortie de l'ancienne, mais qu'elle ne le fait que plus tard en maintenant sa prévoyance au moyen d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage. L'obligation légale de transmettre la prestation de sortie s'applique dans ce cas à l'institution de libre passage. Celle-ci doit en conséquence arrêter la police de libre passage ou le compte de libre passage et transmettre le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée. A cet fin, la personne assurée doit informer l'institution de libre passage de son entrée dans la nouvelle institution de prévoyance.

L'alinéa 4 autorise, comme jusqu'à présent (cf. art. 4, let. b de l'actuelle ordonnance de libre passage), la personne assurée à changer en tout temps d'institution de libre passage ou à adopter une autre forme admise de maintien de la prévoyance, ce aussi longtemps que le capital de prévoyance n'a pas encore été versée à la nouvelle institution de prévoyance.

Article 13

Lors de la survenance d'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) ou d'un fait donnant droit au paiement en espèces de la prestation de sortie, le capital de prévoyance ne peut plus être placé auprès la nouvelle institution de prévoyance. Dans un tel cas, des prestations doivent être versées. Cette réglementation correspond dans une large mesure à celle de l'article 5 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Selon le premier alinéa, l'étendue des prestations de prévoyance se présente concrètement comme il suit: en ce qui concerne les polices de libre passage, le montant de la prestation dépend essentiellement de la prestation de sortie apportée (art. 18, 1er alinéa) ainsi que de l'âge d'entrée; pour ce qui est des comptes de libres passage, c'est l'avoir disponible sur le compte au moment de la survenance du cas d'assurance qui est déterminant. En l'espèce, le montant de la prestation sera également fonction de l'existence ou non d'une couverture supplémentaire de risques ainsi que de l'entendue de cette dernière.

Selon l'alinéa 2, la prestation peuvent aussi être versées conformément au contrat sous forme de rente ou de capital. Le prêt anticipé introduit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30c LPP et art. 331e CO) apparaît ici en tant que nouvelle forme de prestation. Il est en outre précisé qu'un paiement en espèces de la prestation de sortie effectué en vertu de l'article LFLP est également considéré comme une prestation au sens de cette ordonnance.

L'alinéa 3 prescrit, comme jusqu'à présent, que les rentes de risques doivent être adaptées au renchérissement ainsi que le prévoit l'article 36, 1er alinéa LPP pour les rentes de la prévoyance minimale légale.

Comme c'est déjà le cas dans la réglementation actuelle, l'alinéa 4 détermine le montant de la prestation. Il y a toutefois un élément nouveau: les frais administratifs résultant d'un compte de libre passage peuvent être également déduits si le contrat le prévoit.

Article 14

L'article renvoie à la disposition de l'article 5 LFLP pour le paiement en espèces anticipé du capital de prévoyance. Cela veut dire que l'on peut faire valoir un paiement en espèces du capital de prévoyance si les circonstances et les conditions de cette disposition sont données. Toutefois, en égard aux différentes institutions et situations, cette réglementation ne peut pas être reprise telle quelle, d'où l'emploi du terme par analogie. Ainsi, pour une institution de libre passage, on ne peut pas exiger, conformément à l'article 5, 1er alinéa, lettre b LFLP, que la personne assurée ne soit plus soumise à la prévoyance professionnelle obligatoire. Il en est de même de la condition de l'article 5, 1er alinéa, lettre c LFLP, selon laquelle le montant de la prestation de sortie doit être inférieur au montant annuel des cotisations de la personne assurée, qui n'a pas la même signification dans ce contexte que pour une institution de prévoyance. Il faut ici pouvoir se référer, en suivant le sens de cette disposition, au montant annuel des cotisations accumulé auprès de la dernière institution de prévoyance avant le transfert de la prestation de libre passage auprès d'une institution de libre passage.

Article 15

L'ordre des bénéficiaires ne s'applique, tout comme celui de l'art. 6 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, qu'aux formes autorisées de maintien de la prévoyance et n'est valable que si l'institution de libre passage doit verser des prestations de prévoyance au sens de l'article 13. Certains éléments nouveaux ont été introduits par rapport à l'actuelle réglementation:
Le veuf figure dans la première catégorie au même titre que la veuve. En outre, dans l'intention de mieux tenir compte du but de prévoyance, les collectivités publiques ont été exclues de la troisième catégorie, celle des autres héritiers légaux. Dans le cas où il n'y aurait pas de bénéficiaires au sens de cette réglementation, le capital de prévoyance reste alors en mains de l'institution de prévoyance, laquelle doit l'affecter à des buts de la prévoyance professionnelle tels que par exemple l'amélioration des prestations (adaptation des prestations au renchérissement comprise), la couverture des frais administratifs, etc. Il serait judicieux de pouvoir verser de. tels capitaux libres de prévoyance au fonds de garantie et à l'institution supplétive pour financer leurs tâches d'intérêt publique à caractère économique. Mais la chose n'est pas possible, faute de base légale.

Article 16

Cette disposition correspond dans une large mesure à celle de l'article 7, alinéas 1 et 2, lettre c de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Selon le premier alinéa, les prestations de vieillesse sont versées lorsque la personne atteint l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS (65 ans pour les hommes,

62 ans pour les femmes); cette réglementation est analogue à celle qui est appliquée pour la prévoyance obligatoire minimale (art. 13, 1er alinéa LPP). Au même titre que les institutions de prévoyance (art. 13, alinéa 2 LPP), les institutions de libre passage ont la possibilité de prévoir dans leurs dispositions réglementaires le versement anticipé et ajourné des prestations de vieillesse. L'ajournement de cinq ans au plus du début du versement des prestations de vieillesse correspond d'ailleurs à la possibilité analogue proposée dans l'AVS (art. 39 LAVS).
L'alinéa 2 règle le versement de la prestation en cas d'invalidité lorsque la personne assurée n'a pas encore atteint l'âge de la retraite. Si une assurance-risques complémentaire à la police de libre passage ou au compte de libre passage a été conclue, les prestations sont régies par cette police ou ce compte. Si le risque d'invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire, les prestations de vieillesse ne peuvent être versées que si la personne concernée présente une invalidité complète au sens de l'AI.

Article 17

Par cette disposition de la présente ordonnance de même d'ailleurs que par l'article 8 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage, l'interdiction générale de cession et de mise en gage est également appliquée au domaine du maintien de la prévoyance. Cette interdiction est valable en ce qui concerne le capital de prévoyance et les droits aux prestations en cours de formation. Les exceptions à cette réglementation sont les suivantes:

- En cas de divorce, le capital de prévoyance qui se trouve placé dans une forme admise de prévoyance peut être cédé à l'institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage de l'autre conjoint conformément à l'article 22 LFLP.
- Le capital de prévoyance et les droits en cours de formation issus d'une forme admise du maintien de la prévoyance peuvent être mis en gage pour réaliser des buts de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30b LPP, art. 331d CO).

Article 18

Cette disposition reprend telle quelle la teneur de l'article 9 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Selon le **premier alinéa**, les prestations provenant de la police de libre passage ou du compte de libre passage sont en principe financées par la prestation de sortie apportée à titre de mise de fonds unique (cf. art. 13, 1er alinéa).

En vertu de l'**alinéa 2**, la prestation de sortie apportée peut aussi être affectée au financement de la couverture de risques supplémentaire. Mais il est aussi possible de financer cette couverture supplémentaire par le biais de primes complémentaires. Dans tous les cas, le contrat conclu avec l'institution de libre passage est déterminant.

Article 19

Cette disposition reprend tel quelle libellé de l'article 10 de l'actuelle ordonnance sur le libre passage.

Le premier alinéa reprend les dispositions en matière de placement de l'OPP 2 pour les appliquer également au placement de capitaux de prévoyance auprès d'institutions de libre passage.

Si l'institution de libre passage n'effectue pas les placements elle-même, mais qu'ils sont réalisés en son propre nom auprès d'une banque, le privilège d'épargne relevant du droit de la faillite vaut, selon l'alinéa 2, pour chacune des personnes assurées.

Article 20

L'analyse des répercussions résulte du souci de garantir une exécution de la loi qui soit proche de la pratique et efficace, ceci surtout dans l'intérêt des institutions de prévoyance, des institutions de libre passage et des assurés. Sa mise sur pied se fonde en particulier sur l'article 43, alinéa 3 de la loi sur les rapports entre les Conseils et répond à l'objectif et aux recommandations du groupe de travail "Evaluation de la loi"[11]. L'analyse des répercussions doit servir en premier lieu de base de décision pour l'autorité compétente, en l'occurrence l'Office fédéral des assurances sociales, afin que cette dernière puisse, au besoin, prendre les dispositions nécessaires au niveau de l'ordonnance et des instructions. Les frais d'une telle analyse devraient être peu importants pour la Confédération, car les activités liées à cette analyse se limitent au minimum nécessaire et il est de surcroît prévu que les milieux spécialisés du deuxième pilier, pour qui il est particulièrement important que l'exécution des mesures soit efficace, participent également à son financement[12].

Article 21

La présente ordonnance, lors de son entrée en vigueur, remplacera l'actuelle ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (AS 831.425); celle-ci sera alors abrogée (voir également chiffre 1 ci-dessus).

Article 22

La promulgation de la présente ordonnance rend nécessaire l'adaptation des dispositions des ordonnances suivantes:

Le premier alinéa concerne l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2). Selon la version actuelle de l'article 11, alinéa 3, lettre a OPP2, lorsqu'un cas de libre passage se réalise, l'intérêt est calculé sur l'avoir de vieillesse existant à la fin de l'année civile précédente, au-delà de la date d'échéance de la prestation de libre passage, plus précisément jusqu'au moment où cette dernière est effectivement payée. Ce problème de la

[11] 11 GTEVAL, cf. rapport final à l'intention du Département du justice et police, octobre 1991,chiffres 6 et 7.
[12] 12 Des discussions sont en cours à ce propos.

prestation de sortie transmise avec retard est maintenant réglé dans l'article 2, alinéa 3 LFLP. Cette disposition d'ordonnance doit donc maintenant être adaptée en ce sens qu'elle doit préciser que l'intérêt calculé progressivement n'est crédité que jusqu'au moment où la personne assurée quitte l'institution de prévoyance. Après cette date d'échéance, un intérêt moratoire commence éventuellement à courir.

L'alinéa 2 concerne l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3). Selon la version actuelle de l'article 3, alinéa 2, lettre d, le versement anticipé des prestations de vieillesse est possible lorsque l'institution de prévoyance est tenue, conformément à l'article 331 c, alinéa 4, lettre b CO, de s'acquitter de son obligation par un versement en espèces. Cette disposition légale est remplacée par l'article 5 LFLP.

Article 23

Nous renvoyons à notre commentaire concernant l'article 10, alinéa 3. Une disposition particulière a été créée à titre provisoire pour les banques cantonales. Ces dernières ne sont à l'avenir plus habilitées à agir en qualité d'institution de libre passage si elles ne disposent pas d'une fondation spécialement affectée à la gestion de comptes de libre passage. Différentes banques cantonales ont toutefois déjà créé des fondations de libre passage. Pour laisser aux banques cantonales qui ne disposent pas encore d'une telle fondation ou qui ne sont pas affiliés à une telle fondation le temps de créer une fondation de libre passage, un délai d'une année leur est accordé.

Article 24

La présente ordonnance doit entrer en vigueur en même temps que la loi qui s'y rapporte, à savoir le 1er janvier 1995.

Ordonnance
sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

(OEPL)

du 3 octobre 1994

Le Conseil fédéral suisse,

vu les articles 30c, 7e alinéa, 30f et 97, 1er alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) et l'article 331d, 7e alinéa, du Code des obligations (CO)[2]

arrête:

Chapitre premier: Dispositions générales

Article premier Buts d'utilisation

1 Les fonds de la prévoyance professionnelle peuvent être utilisés pour:
a. acquérir ou construire un logement en propriété;
b. acquérir des participations à la propriété d'un logement;
c. rembourser des prêts hypothécaires.

2 La personne assurée ne peut utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle que pour un seul objet à la fois.

Art. 2 Propriété du logement

1 Les objets sur lesquels peut porter la propriété sont:
a. l'appartement;
b. la maison familiale.

2 Les formes autorisées de propriété du logement sont:
a. la propriété;
b. la copropriété, notamment la propriété par étages;
c. la propriété commune de la personne assurée avec son conjoint;
d. le droit de superficie distinct et permanent.

Art. 3 Participations

Les participations autorisées sont:
a. l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation;
b. l'acquisition d'actions d'une société anonyme de locataires;
c. l'octroi d'un prêt partiaire à un organisme de construction d'utilité publique.

---

[1] RS 831.40 : RO 1994 …
[2] RS 220 : RO 1994 …

Art. 4 Propres besoins

[1] Par propres besoins, on entend l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel.

[2] Lorsque la personne assurée prouve qu'elle ne peut plus utiliser le logement pendant un certain temps, elle est autorisée à le louer durant ce laps de temps.

Chapitre 2: Modalités

Section 1: Versement anticipé

Art. 5 Montant minimal et limitation

[1] Le montant minimal du versement anticipé est de 20'000 francs.

[2] Cette limite ne s'applique pas à l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation et de formes similaires de participation, ni pour faire valoir des droits envers des institutions de libre passage.

[3] Un versement anticipé ne peut être demandé que tous les cinq ans.

[4] Lorsque la personne assurée est âgée de plus de 50 ans, elle peut obtenir au maximum le plus élevé des deux montants suivants:

a. le montant de la prestation de libre passage dont elle disposait à l'âge de 50 ans, augmenté. des remboursements effectués après l'âge de 50 ans et diminué du montant des versements anticipés reçus ou du produit des gages réalisés après l'âge de 50 ans.
b. la moitié de la différence entre la prestation de libre passage au moment du versement anticipé et la prestation de libre passage déjà utilisée à ce moment là pour la propriété du logement.

Art. 6 Paiement

[1] L'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé au plus tard six mois après que la personne assurée a fait valoir son droit. Au cours de la première année suivant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, l'institution de prévoyance peut porter ce délai à 12 mois au maximum.

[2] L'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé, après production des pièces justificatives idoines et avec l'accord de la personne assurée, directement au vendeur, à l'entrepreneur, au prêteur ou aux bénéficiaires selon l'article 1, 1er alinéa, lettre b.

[3] Le 2e alinéa s'applique par analogie en cas de paiement à effectuer en raison de la réalisation du gage grevant la prestation de libre passage.

[4] Si le paiement du montant n'est pas possible ou ne peut pas être exigé dans le délai de 6 mois en raison de problèmes de liquidité, l'institution de prévoyance établit un ordre de priorités qu'elle communique à l'autorité de surveillance.

Art. 7 Remboursement

[1] Le montant minimal d'un remboursement est de 20'000 francs.

[2] Si le solde du versement anticipé à rembourser est inférieur à cette somme, le remboursement doit être effectué en une seule tranche.

[3] L'institution de prévoyance doit attester, à l'intention de la personne assurée, le remboursement du versement anticipé sur le formulaire établi par l'Administration fédérale des contributions.

Section 2: Mise en gage

Art. 8 Limitation

[1] Le droit de la personne assurée âgée de moins de 50 ans de mettre en gage un montant maximal à concurrence de la prestation de libre passage est limité à la prestation de libre passage au moment de la réalisation du gage.

[2] L'article 5, 4e alinéa, s'applique par analogie au droit de la personne assurée âgée de plus de 50 ans de mettre en gage sa prestation de libre passage.

Art. 9 Consentement du créancier gagiste

[1] Le consentement écrit du créancier gagiste est nécessaire pour affecter le montant mis en gage:

a. au paiement en espèces de Ja prestation de libre passage;
b. au paiement de la prestation de prévoyance; .
c. au transfert, à la suite d'un divorce, d'une partie de la prestation de libre passage à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint (art. 22 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage)[13].

[2] Si le créancier gagiste refuse de donner son consentement, l'institution de prévoyance doit mettre le montant en sûreté.

[3] Si la personne assurée change d'institution de prévoyance, l'ancienne institution doit indiquer au créancier gagiste à qui la prestation de libre passage a été transférée et à concurrence de quel montant.

[13] RO 1994 …

Section 3: Preuve et information

Art. 10 Preuve

Lorsque la personne assurée fait valoir son droit au versement anticipé ou à la mise en gage, elle doit fournir à l'institution de prévoyance la preuve que les conditions de leur réalisation sont remplies.

Art. 11 Informations à fournir à la personne assurée

L'institution de prévoyance donne à la personne assurée, lors du versement anticipé, de la mise en gage ou sur demande écrite de celle-ci, des informations sur:

a. le capital de prévoyance dont elle dispose pour la propriété du logement;
b. les réductions de prestations consécutives au versement anticipé ou à la réalisation du gage;
c. les possibilités de combler la lacune de prévoyance que crée le versement anticipé ou la réalisation du gage dans la couverture des prestations d'invalidité ou de survivants;
d. l'imposition fiscale en cas de versement anticipé ou de réalisation du gage; e. le droit au remboursement des impôts payés lorsque le versement anticipé ou le montant correspondant au produit de réalisation du gage ont été remboursés ainsi que sur les délais à observer.

Art. 12 Obligation de renseigner incombant à l'ancienne institution de prévoyance

L'ancienne institution de prévoyance doit aviser la nouvelle institution de prévoyance de la mise en gage de la prestation de libre passage ou de la prestation de prévoyance et du montant sur lequel porte cette mise en gage, ainsi que de l'octroi d'un versement anticipé et de son montant.

Chapitre 3: Dispositions fiscales

Art. 13 Obligation d'annoncer

[1] L'institution de prévoyance doit annoncer dans les trente jours à l'Administration fédérale des contributions, au moyen du formulaire ad hoc, le versement anticipé ou la réalisation du gage grevant la prestation de libre passage, ainsi que le remboursement dudit versement ou du montant du gage réalisé.

[2] L'Administration fédérale des contributions tient une comptabilité des versements anticipés, des réalisations de gage et des remboursements qui lui sont annoncés.

[3] Sur demande écrite de la personne assurée, l'Administration fédérale des contributions lui atteste l’état des versements anticipés investis dans le logement en propriété et lui indique les autorités chargées de restituer le montant des impôts payés.

Art. 14 Traitement fiscal

[1] Les rachats d'années de cotisation peuvent être déduits du revenu imposable dans la mesure où, ajoutés aux versements anticipés, ils ne dépassent pas les prestations de prévoyance maximales prévues par le règlement.

[2] En cas de remboursement du versement anticipé, le montant des impôts payés est restitué sans intérêts. Lorsque plusieurs versements anticipés ont 'été demandés puis remboursés, les montants des impôts payés sont restitués dans l'ordre où les versements anticipés ont été payés. Lorsque plusieurs cantons sont concernés, le même principe est applicable.

[3] Pour obtenir le remboursement du montant des impôts payés, il est nécessaire d'adresser une demande écrite à l'autorité qui a prélevé ce montant. L'intéressé doit présenter une attestation concernant:

a. le remboursement;
b. le capital de prévoyance investi dans la propriété du logement;
c. le montant des impôts payés à la Confédération, au canton et à la commune en raison du versement anticipé ou de la réalisation du gage.

Chapitre 4: Dispositions spéciales

Art. 15 Calcul du produit de la vente

Les obligations découlant de prêts contractés dans les deux ans qui précèdent la vente du logement ne sont pas prises en considération pour calculer le produit de la vente au sens de l'article 30d, 5e alinéa, LPP, à moins que la personne assurée ne puisse prouver que ces prêts ont servi à financer son logement en propriété.

Art. 16 Participation à des coopératives de construction et d'habitation et formes de participation similaires

[1] Le règlement de la coopérative de construction et d'habitation doit prévoir que si la personne assurée quitte la coopérative, les fonds de prévoyance qu'elle a versés pour acquérir des parts seront transférés soit à une autre coopérative soit à un autre organisme de logement ou de construction dont elle utilise personnellement un logement, soit à une institution de prévoyance professionnelle.

[2] Le 1er alinéa s'applique par analogie aux formes de participation visées à l'article 3, lettres b et c.

[3] Les parts sociales et les certificats de participation similaires doivent être déposés auprès de l'institution de prévoyance compétente jusqu'au remboursement, jusqu'à la survenance du cas de prévoyance ou jusqu'au paiement en espèces.

Art. 17 Frais de l'assurance complémentaire

Les frais occasionnés par l'assurance complémentaire visée à articles 30c, 4e alinéa, LPP et 331e, 4e alinéa, CO sont à la charge de la personne assurée.

Chapitre 5: Dispositions finales

Art. 18 Analyse des effets

L'Office fédéral des assurances sociales procède avec les milieux spécialisés de la prévoyance professionnelle à une analyse des effets de l'encouragement à la propriété du logement auprès des institutions de prévoyance et des personnes assurées.

Art. 19 Abrogation du droit en vigueur

L'ordonnance du 7 mai 1986[14] réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse est abrogée.

Art. 20 Modification du droit en vigueur

L'ordonnance du 13 novembre 1985[15] sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3) est modifiée comme suit:

Art. 3, 3e, 4e et 5e al.

[3] La prestation de vieillesse peut en outre être versée pour :
a. Acquérir ou construire un logement en propriété;
b. Acquérir des participations à la propriété d'un logement;
c. Rembourser des prêts hypothécaires.

[4] Un versement anticipé ne peut être demandé que tous les cinq ans.

[5] Les notions de propriété du logement et de propres besoins sont définies aux articles 2 et 4 de l'ordonnance du [16] sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

Art. 4, 1er et 2e al.

[1] L'article 39 LPP s'applique par analogie à la cession, à la mise en gage et à la compensation des droits aux prestations.

[2] L'article 30b LPP, les articles 331d du Code des obligations[17] ainsi que les articles 8 et 9 de l'ordonnance du [18]sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle s'appliquent par analogie à la mise en gage du capital de prévoyance ou des droits aux prestations de prévoyance pour la propriété du logement de la personne assurée.

---

[14] RO 1986 864
[15] RS 831.461.3
[16] RO 1994 …
[17] RS 220
[18] RO 1994 …

Art. 21 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1er janvier 1995.

3 octobre 1994 Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération: Stich
Le chancelier de la Confédération: Couchepin

Commentaire concernant l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Titre et introduction

Le titre de l'ordonnance indique déjà à lui seul que cet acte législatif concerne l'ensemble de la prévoyance professionnelle et non pas la seule prévoyance vieillesse obligatoire, comme c'est le cas de l'ordonnance du 7 mai 1986 sur l'encouragement à la propriété du logement[19] (ci-après abrégée en OEPL 86). L'encouragement à la propriété du logement aura pour objet aussi bien les prestations de vieillesse que les prestations de survivants et d'invalidité d'une institution de prévoyance ou de libre passage. Le terme "au moyen" démontre en outre clairement que l'encouragement à la propriété du logement peut être concrétisé tant par l'utilisation directe du capital de prévoyance à disposition de la personne assurée que par l'utilisation indirecte de ce capital dans le cadre de la mise en gage de l'avoir potentiel de libre passage ou des futures prestations de prévoyance.

L'introduction, se réfère, en ce qui concerne les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle et du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, à la loi fédérale du 25 juin 1982[20] sur la prévoyance professionnelle (LPP) et, pour ce qui a trait aux autres institutions de prévoyance et au domaine exclusivement hors-obligatoire de la prévoyance professionnelle, au Code des obligations[21] (CO).

Chapitre 1: Dispositions générales

Ces dispositions sont applicables indépendamment du fait que l'on fasse valoir l'encouragement à la propriété du logement sous la forme du versement anticipé ou sous celle de la mise en gage, voire des deux à la fois. A l'instar des autres

[19] RS 831.426.4
[20] RS 831.40
[21] RS 220

dispositions, elles concernent aussi bien le régime obligatoire de la prévoyance professionnelle selon la LPP que le domaine hors-obligatoire de celle-ci (domaine pré-et surobligatoire, domaine accessoire), indépendamment de la forme d'organisation et de la forme juridique de l'institution de prévoyance. Outre les institutions de prévoyance au sens strict, à savoir les caisses de pension, sont également assujetties à la réglementation concernant l'encouragement à la propriété du logement, les différentes institutions de libre passage (sociétés d'assurances, fondations de libre passage).

L'article 1 se justifie du fait que les buts concrets d'utilisation des fonds de la prévoyance professionnelle ne sont pas indiqués dans la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'encouragement à la propriété du logement; il incombe à l'ordonnance de les définir.
Le premier alinéa énumère les trois buts pour lesquels les fonds de la prévoyance professionnelle peuvent être investis dans la propriété du logement de l'assuré. Il en ressort clairement qu'en règle générale, ces capitaux ne peuvent pas être utilisés pour financer l'entretien usuel de la propriété du logement de la personne assurée (par ex. des réparations) ou pour payer les intérêts hypothécaires ou des choses de ce genre[22].

- La lettre a qui mentionne l'acquisition ou la construction d'un logement en propriété s'applique aussi aux transformations effectuées sur ce dernier ainsi qu'à l'affectation à d'autres buts d'une pièce située dans l'espace habité par l'assuré et qui était utilisée jusqu'à présent à des fins commerciales. Un droit légal à l'octroi de crédits de construction est néanmoins exclu, car une telle obligation entraînerait pour de nombreuses institutions de prévoyance un surcroît de travail administratif trop important. En outre, de tels crédits peuvent être accordés sans autre par les banques et être ensuite amortis par les fonds de la prévoyance professionnelle[23].

- La notion de participation selon la lettre b recouvre tous les investissements dans la construction de logements à caractère social entraînant une amélioration de la situation juridique et financière de la personne assurée à laquelle celle-ci ne saurait prétendre en qualité de simple locataire. A titre d'exemple, on peut mentionner la participation, sous forme de prêt, à un organisme de construction ou d'habitation d'utilité publique bien que, du point de vue juridique, les prêts constituent non pas une participation, mais une créance. Les participations dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement ne sauraient cependant être dénaturées[24] en de simples placements de capitaux effectués par la personne assurée.

-La lettre c mentionne comme but d'utilisation le remboursement d'un prêt hypothécaire. Tombe sous cette lettre, le remboursement convenu d'emblée par écrit de même que le remboursement - total ou partiel -, effectué de manière spontanée, de prêts hypothécaires accordés à la personne assurée pour accéder à la propriété de son logement. En ce qui concerne les annuités[25], il faut veiller à ce que le versement anticipé serve uniquement à rembourser la part d'amortissement et non

[22] Comme des intérêts moratoires ou des commissions.
[23] Cf. art.1,al.1, let.c, OEPL
[24] Cf. cependant le commentaire de l'article 4 ci-après en ce qui concerne une exception.
[25] Les annuités se composent d'une part d'amortissement et d'une part d'intérêts hypothécaires à payer.

pas la part constituée des intérêts hypothécaires à payer. En revanche, dans la mise en gage, les intérêts hypothécaires qui viennent s'ajouter au capital peuvent être pris en considération.

Le 2e alinéa indique clairement que la personne assurée n'a pas le droit d'investir les fonds de la prévoyance professionnelle à la fois dans le logement qu'elle occupe habituellement et dans un logement de vacances ou tout autre, même si elle fait valoir qu'elle a l'intention d'en faire un jour son logement habituel une fois qu'elle aura quitté l'ancien. Il est exclu d'utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle pour un logement de vacances. Si la personne assurée déménage dans son logement de vacances et en fait son nouveau domicile habituel, elle peut alors y transférer sans autre les fonds de prévoyance qu'elle avait investis initialement dans l'ancien logement en propriété.
La formulation de l'alinéa 2 autorise cependant, dans une mesure restreinte, une certaine souplesse. Tel doit être notamment le cas lorsque la personne assurée a clairement montré son intention de déménager dans un avenir plus ou moins proche dans un logement non encore utilisé au moment où elle a fait valoir son droit à l'encouragement à la propriété du logement. En pareil cas, l'institution de prévoyance peut accorder les fonds demandés pour autant que la personne assurée démontre de façon plausible, en produisant les pièces nécessaires, qu'elle veut utiliser son capital de prévoyance pour acquérir un logement, par exemple, dans son pays d'origine ou au lieu de réaménagement et qu'elle l'utilisera dans quelques mois pour ses propres besoins comme domicile fixe.

L'article 2 s'appuie, quant à son contenu, sur l'article 3 de l'OEPL 86. Il précise toutefois la notion de propriété du logement à deux égards.

L'alinéa 1 définit uniquement les objets sur lesquels peut porter la propriété. Sur la base de cette disposition à mettre en rapport avec l'article 1er, 1er al., let. a, l'acquisition d'un terrain à bâtir sans projet concret d'y construire une habitation n'est pas possible.

L' alinéa 2 décrit les formes juridiques autorisées. Outre la propriété individuelle, sont expressément autorisées la copropriété et la propriété par étages qui est une forme particulière de celle-ci.
La lettre c mentionne également la propriété commune des époux. Il est vrai qu'on se distance en l'espèce du caractère individuel propre aux mesures d'encouragement à la propriété du logement[26]. Mais il est justifié de prendre en considération cette forme juridique, primo afin de ne pas exclure les conjoints vivant déjà sous ce régime matrimonial et secundo, afin de permettre aux époux désireux d'acquérir un logement en propriété de pouvoir choisir cette forme juridique.
L'élément de partenariat dans le mariage est entièrement pris en compte en ce sens que l'accord du conjoint pour utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle pour la propriété du logement est nécessaire (cf. art. 30c al. 5 LPP). L'institution de prévoyance doit veiller particulièrement au respect de cette condition.

[26] Les mesures d'encouragement à la propriété du logement se fondent en principe sur le rapport de prévoyance découlant de l'exercice par une personne d'une activité lucrative. Pour les indépendants, ce rapport existe dans le 3ème pilier.

Si le logement est uniquement propriété du conjoint, que les époux habitent ensemble ou vivent séparément, la personne assurée qui n'a donc aucun titre de propriété ne peut pas prétendre à un versement anticipé destiné à ce logement. Il en va cependant autrement lorsque les deux époux sont assurés en tant que salariés auprès d'une institution de prévoyance et que chacun veuille investir son avoir de prévoyance pour financer sa part de copropriété ou la propriété de son logement utilisé également par l'autre conjoint.
Enfin, la lettre d mentionne, comme forme juridique autorisée pour l'encouragement à la propriété du logement, le droit de superficie distinct et permanent. L'usufruit n'est cependant plus admis[27].

L'article 3 précise la teneur de l'article 1, 1er al., lettre b, en stipulant qu'outre les participations habituelles et connues, de la personne assurée à une coopérative de logement et d'habitation, d'autres formes de participation à un logement dans le cadre d'organismes de logement ou de construction d'intérêt public sont autorisées[28]. Ces participations doivent cependant permettre d'améliorer effectivement la situation économique et juridique de la personne assurée en ce qui concerne son logement, par exemple par une meilleure protection en matière de résiliation et/ou par un loyer moins cher.
L'utilisation des fonds de la prévoyance professionnelle pour acquérir des participations n'est d'ailleurs pas seulement prévue pour les personnes assurées dont le statut reste celui de locataire, mais également pour celles qui deviennent propriétaire d'un appartement (par ex. en vertu d'un droit de superficie) dans le cadre d'une coopérative d'habitation. Le versement anticipé peut ici également entraîner une amélioration de la situation juridique et financière de la personne assurée.

L'article 4 définit, à l'alinéa 1. la notion de propres besoins qui figurait à l'article 4 de l'OEPL 86. Ce propre besoin, concrétisé par le fait que la personne assurée utilise personnellement le logement doit exister en principe pendant toute la durée où les fonds de la prévoyance professionnelle sont investis dans le logement et jusqu'au moment de la survenance du cas de prévoyance. Si la personne assurée et ses proches n'utilise plus le logement tant qu'elle exerce son activité professionnelle, cette condition centrale de l'encouragement à la propriété du logement disparaît et les conséquences juridiques qui en découlent se produisent telles que l'obligation de rembourser le versement anticipé à l'institution de prévoyance, la radiation de la restriction du droit d'aliéner (mention dans le registre foncier) et la demande de remboursement des impôts payés sur le versement anticipé.

En raison de l'exigence d'une plus grande mobilité des travailleurs, la notion de propres besoins a été étendue. L'utilisation du logement pour les propres besoins de la personne assurée peut en effet se faire aussi bien à son lieu de domicile[29] qu'au lieu où elle séjourne habituellement[30]. Outre la personne assurée, ses proches peuvent bien entendu aussi utiliser ce logement.

---

[27] Cf. art. 3, al. 1, OEPL 86
[28] Cf. P. Richli, Die Beteiligung der Mieter an ihrer Wohnung, Diss. Barn 1974, p. 107-110.
[29] La notion de domicile est définie à l'article 23 CC ou selon la norme correspondante de l'article 20 LOIP, les dispositions relevant de traités internationaux étant toutefois réservées (art. 1, al. 2 LOIP).
[30] Cf. art. 20, al.1, let. b, LOIP.

L'alinéa 2 tolère, à titre exceptionnel, la location du logement concerné pour certains motifs liés à la personne de l'assuré(e). La notion de location concerne clairement la conclusion d'un contrat de location (limité dans le temps) portant sur le logement en propriété. On peut admettre la conclusion d'un tel contrat pour une durée de 2 ans.

Pour toutes les formes de participation à la propriété du logement, la location n'est pas autorisée si elle entraîne de fait la conclusion d'un contrat de sous-location. Un tel contrat s'éloigne en effet trop du but recherché en l'occurrence, à savoir d'encourager la propriété du logement au moyen de la prévoyance.

Les cas où la location du logement en propriété est autorisée sont, par exemple le déménagement provisoire de la personne assurée et de sa famille pour des raisons de santé ou d'ordre professionnel. Mais les personnes qui sont soumises à une obligation légale d'élire domicile dans le pays ou à l'étranger doivent aussi pour des raisons d'égalité de traitement, pouvoir bénéficier de l'encouragement à la propriété du logement. Il s'agit en particulier des membres du corps diplomatique ou des services consulaires qui sont soumis à une obligation légale d'élire domicile à l'étranger et qui ne peuvent par conséquent plus utiliser leur logement en Suisse pendant cette période. Ces derniers doivent néanmoins respecter le but effectif des mesures d'encouragement, à savoir l'utilisation du logement pour ses propres besoins, en ce sens qu'ils doivent utiliser réellement ce logement pendant leurs séjours en Suisse ou lorsqu'ils rentrent définitivement au pays.

Le fait de cesser d'utiliser le logement en propriété pour ses propres besoins et de le louer pose la question de savoir s'il est possible, dans la pratique, d'effectuer un contrôle de l'affectation du logement et celle de savoir qui est habilité à procéder à ce contrôle. D'une manière générale, l'institution de prévoyance ne peut pas, déjà pour de raisons pratiques, mettre sur pied son propre service afin de surveiller si la personne assurée utilise effectivement son logement pour ses propres besoins. En revanche, si l'institution de prévoyance apprend par l'employeur affilié, son organe de contrôle ou le conseil de fondation qu'une personne assurée ne satisfait pas (ou plus) aux conditions posées pour l'encouragement à la propriété du logement parce qu'elle a cessé d'utiliser le logement pour ses propres besoins ou qu'elle ne l'a jamais utilisé, elle doit exiger de la personne assurée qu'elle en donne les raisons et les justifie.

Le Conseil fédéral présume qu'en principe, si la personne assurée cesse d'utiliser son logement, elle prendra d'elle-même et sans qu'on le lui demande les mesures qui s'imposent, c'est-à-dire qu'elle remboursera à l'institution de prévoyance les fonds sollicités à l'époque et réclamera aux autorités compétentes le remboursement des impôts qu'elle avait payés sur cette somme. Contraindre la personne assuré à rembourser les fonds demandés à titre de versement anticipé semble une solution peu praticable, surtout si cela devait avoir lieu à un moment peu favorable, c'est-à-dire à un moment où elle ne dispose pas des liquidités nécessaires et qu'elle doive pour ce faire contracter un prêt. Toujours est-il qu'en pareil cas, l'investissement des fonds de prévoyance dans la propriété du logement peut être considéré comme un placement, et, à ce titre et pour un montant de cet ordre, exceptionnellement toléré.

Chapitre 2: Modalités

L'article 5 fixe le montant minimal du versement anticipé et traite de la limitation de ce dernier.
Le **premier alinéa** précise qu'une demande de versement anticipé faite par une personne assurée à son institution de prévoyance doit porter au moins sur un montant de 20'000 francs. D'une part, on évite ainsi que l'institution de prévoyance soit confrontée à un travail administratif excessif, c'est-à-dire à un afflux de cas de peu d'importance, et, d'autre part, on attire l'attention de la personne assurée sur le fait qu'il n'est pas judicieux de financer des investissements de moindre importance (par ex. une porte) en puisant sur son capital de prévoyance et de devoir ensuite supporter la réduction correspondante des prestations de prévoyance qui lui sont allouées. La limite minimale de 20'000 francs est certes arbitraire mais se justifie tout à fait.

A cet égard, il convient de relever que l'institution de prévoyance peut demander une indemnisation équitable pour le travail administratif que lui occasionne le traitement de la demande de versement anticipé ou de mise en gage, lorsque le travail d'enquête ou les frais engendrés par la mise en sûreté d'un montant qui a fait l'objet d'une mise en gage sont supérieurs à la moyenne. Cette indemnisation, en tant qu'élément du contrat de prévoyance doit clairement figurer dans le règlement correspondant.

L'**alinéa 2** précise que cette limite n'a pas à être respectée en cas d'acquisition de parts de participation à des coopératives ou à des organismes similaires de logement, car celles-ci peuvent en général être achetées pour un montant considérablement inférieur à 20'000 francs et permettent néanmoins d'améliorer sensiblement la situation économique et juridique de la personne assurée en ce qui concerne son logement. Elle ne s'applique pas non plus aux droits de la personne assurée, découlant de polices liées ou de comptes bloqués, envers des institutions de libre passage (sociétés d'assurances et fondations de libre passage) car l'argument selon lequel il faut limiter le volume de travail administratif ne peut être invoqué pour des institutions de ce type comme il l'est pour des caisses de pension.

L'alinéa 3 prévoit que le versement anticipé ne peut pas être demandé en tout temps, donc continuellement, mais uniquement tous les cinq ans à partir de la dernière demande. La fixation d'un tel intervalle constitue un compromis entre le volume de travail administratif acceptable pour l'institution de prévoyance et l'intérêt de la personne assurée de ne pas être empêchée trop longtemps de faire usage de ses fonds de prévoyance pour la propriété du logement. Si une personne est assurée auprès de différentes institutions de prévoyance, cette disposition s'applique à chacune de ces institutions. Cette réglementation s'applique à toutes les institutions de la prévoyance professionnelle servant directement des prestations légales ou réglementaires à leurs assurés, donc aux caisses de pension de tout type ainsi qu'aux institutions de libre passage, à l'exception des institutions de bienfaisance purement patronales.

L'alinéa 4 règle le cas particulier prévu par les articles 30c, 2e al., LPP et 331e, 2e al., CO, soit celui où la personne assurée peut choisir entre la moitié de la prestation de libre passage et la prestation de libre passage disponible au moment où elle avait

50 ans (révolus). Pour que le sens des dispositions légales susmentionnées (utilisation au maximum de la moitié du montant de l'avoir de prévoyance pour la propriété du logement au moment de la retraite), on laisse une possibilité de choix plus claire à la personne assurée; les termes" à 50 ans" et "moitié de la prestation de libre passage" sont cependant mis en rapport avec d'éventuels retraits anticipés effectués par la personne assurée.

Les quatre exemples suivants servent à illustrer la procédure en la matière:

Exemple 1

	Prestation de libre passage avant retrait				**Retrait anticipé** (retrait anticipé: remboursement)
	Total	„à 50 ans“ (Art. 5 al. 4 let.a)	„moitié“ (Art. 5 al. 4 let.b)	Montant max. disponible pour EPL	
1. Retrait à 45 ans	121'000	-	-	121'000	**121'000**
2. 50 ans	44’000	44’000	-	44’000	**-**
3. Retrait à 65 ans	546’000	44’000	546’000 -121’000 425’000 50 %: 212’500	212’500	**200’000**
4. **Capital restant pour les rentes**	**346’000**				

L'exemple 1 part de l'hypothèse que la personne assurée a fait valoir son droit au versement anticipé 3 ans avant l'âge de la retraite et qu'elle retire le montant maximum disponible à l'âge de 65 ans[31].

[31] Ceci est possible; cf. Message EPL du 19 août 1992, chiffre 223 concernant l'article 3Oc, 1er al., p.28

Exemple 2

	Prestation de libre passage avant retrait				**Retrait anticipé** (retrait anticipé: remboursement)
	Total	„à 50 ans“ (Art. 5 al. 4 let.a)	„moitié“ (Art. 5 al. 4 let.b)	Montant max. disponible pour EPL	
1. Retrait à 45 ans	121'000	-	-	121'000	**121'000**
2. Retrait à 50 ans	44’000	-	-	44’000	**44’000**
3. 50 ans	0	0	-	0	**-**
4. 55 ans	65’000	0	65’000 -165’000		
			-100’000 50 %: -50’000	0	**-**
5. Retrait à 62 ans	261’000	0	261’000 -165’000		
			96’000 50 %: 48’000	48’000	**40’000**
6. 65 ans	360’000	0 -40’000	360’000 -205’000		
		-40’000	155’000 50%: 77’500	77’500	**-**
7. **Capital restant pour les rentes**	**360’000**				

L'exemple 2 présente un modèle de calcul effectué lorsque la personne assurée opte pour la possibilité "moitié de la prestation de libre passage".

Exemple 3

	Prestation de libre passage avant retrait				**Retrait anticipé** (-retrait anticipé: remboursement)
	Total	à "50 ans" (Art. 5 al. 4 let. a)	"moitié" (Art. 5 al. 4 let. b)	Montant max. disponible pour EPL	
1. Retrait à 45 ans	121'000	-	-	121'000	**80'000**
2. 50 ans	104’000	104’000	-	104’000	**-**
3. Remboursement à 55 ans	216’000	104’000	216’000 -80’000		
			136’000 50%: 68’000	104’000	**-100’000**
4. Retrait à 65 ans	945’000	104’000 100’000	945’000 -0		
		204’000	945’000 50 % 472’500	472’500	**100’000**
5. Capital restant pour les rentes	**845’000**				

Dans cet exemple, le versement anticipé est remboursé. En conséquence, la prestation de libre passage utilisable à un moment ultérieur est recalculée par rapport à la possibilité choisie.

Exemple 4

	Prestation de libre passage avant retrait				**Retrait anticipé** (-retrait anticipé: remboursement)
	Total	à "50 ans" (Art. 5 al. 4 let. a)	"moitié" (Art. 5 al. 4 let. b)	Montant max. disponible pour EPL	
1. 45 ans	0	-	-	0	**-**
2. 50 ans	44'000	44'000	-	44'000	**-**
3. retrait à 55 ans	129'000	44'000	129'000 -0	0	**-**
			129'000 50%: 64'500	64'500	**64'500**
4. Retrait à 60 ans	186'500	44'000 -64'500	186'500 -64'500	0	**-**
		-20'500	122'000 50%: 61'000	61'000	**61'000**
5. 65 ans	320'000	44'000 -125'000	320'500 -125'000		
		-81'500	195'000 50%: 97'500	97'500	-
7. **Capital restant pour les rentes**	**320'500**				

L'exemple 4 se réfère à un cas tout à fait inhabituel[32]: la personne assurée est intégrée dans le système de la prévoyance professionnelle suisse peu de temps avant d'atteindre l'âge de 50 ans ou même après avoir dépassé cet âge. A 50 ans, sa prestation de libre passage est très peu élevée, et n'est en tout cas pas suffisante pour être utilisée dans la propriété du logement.

L'article 6 règle les modalités de paiement du capital de prévoyance demandé.

L'alinéa 1 part du principe que toutes les demandes (qu'il s'agisse de demandes de versements anticipés au sens de l'article 1, lettre a à c, OEPL ou de demandes et notifications relatives à la mise en gage) doivent être traitées dans un délai de six mois. Ce délai de six mois doit être considéré comme un délai de paiement. C'est dans ce délai que l'institution de prévoyance doit verser le montant demandé à l'organisme désigné par la personne assurée et autorisé au sens de l'article premier, premier alinéa.
Au cours de la première année suivant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, l'institution de prévoyance, non sans avoir informé ses assurés de manière adéquate, peut toutefois prolonger ce délai de paiement jusqu'au 31.12.1995 pour les demandes de versement anticipé déposées au début de l'année 95. Tel est le sens de la deuxième phrase de ce premier alinéa.

[32] Par exemple lorsque des spécialistes (tels que professeurs) étrangers adhèrent au système suisse de prévoyance sans racheter des années d'assurance.

Mais, si les liquidités dont elle dispose le lui permettent, l'institution de prévoyance doit en principe procéder sans attendre au versement du montant correspondant. Dans ce cas, on part du principe que les demandes de versement anticipé peuvent être réées dans le cadre de l'activité administrative habituelle de l'institution de prévoyance. L'alinéa 4 de cet article règle donc quasiment un cas de nécessité[33].
En cas de changement d'institution de prévoyance, le délai qui a commencé à courir dans l'ancienne institution continue en principe sans interruption. La nouvelle institution de prévoyance n'a en effet pas de mesures particulières à prendre pour se procurer les liquidités nécessaires puisqu'elle reçoit de l'ancienne la prestation de libre passage correspondante payée en liquide.

Selon l'alinéa 2 le montant du versement anticipé est versé directement au créancier de la personne assurée, à savoir au vendeur du logement ou au prêteur. En cas de financement de parts sociales ou de formes similaires de participation, le montant correspondant doit être transféré à la coopérative de construction et d'habitation ou à l'organisme de construction de logement en observant l'obligation de dépôt prévue à l'article 16, 3e al., OEPL. Ce montant ne doit pas être versé à la personne assurée elle-même. Cette dernière doit plutôt donner les indications nécessaires à l'institution de prévoyance. Elle doit également lui donner son accord pour le transfert du montant et ce, avant que le versement soit opéré; cet accord est nécessaire du fait qu'une longue période[34] peut s'écouler entre la demande de versement anticipé et le paiement de celui-ci et que pendant ce laps de temps, des changements importants peuvent se produire aussi bien chez la personne assurée que chez le créancier (vendeur/entrepreneur/prêteur) de sorte qu'un transfert direct, c-à-d sans l'accord de la personne assurée n'apparaît, in casu, ni conseillé, ni judicieux[35]. L'obligation de vigilance incombant à l'institution de prévoyance implique que cette dernière vérifie si le compte désigné par la personne assurée pour le versement est bien celui de la partie autorisée à recevoir celui-ci dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement.

L'alinéa 3 ne prévoit rien de nouveau[36]. La réalisation du gage grevant la prestation de libre passage entraîne, du point de vue économique, les mêmes effets que le versement anticipé: les fonds de prévoyance passent de l'institution de prévoyance au créancier ayant droit ou à l'office des poursuites auprès duquel le créancier gagiste a introduit la poursuite. En principe, les modalités de paiement en cas de réalisation du gage sont les mêmes qu'en cas de versement anticipé.

L'alinéa 4 traite d'un cas de nécessite: Si, pour des raisons suffisamment fondées justifiant son manque de liquidités, une institution de prévoyance ne peut pas respecter le délai maximal de six mois - ou qu'on ne peut exiger d'elle qu'elle le respecte- pour procéder au paiement des montants demandés[37], elle doit établir un ordre de priorités dont il ressort clairement comment et dans quel laps de temps elle entend régler les demandes en suspens. L'autorité de surveillance doit recevoir l'ordre de priorités établi par l'institution de prévoyance avant l'expiration du délai de six mois et non pas seulement au moment de la remise du rapport annuel ou du

[33] Cf. commentaire relatif à l'article 6, 4e al., ci-après.
[34] six mois ou plus.
[35] Par ex. lors d'une faillite du créancier ou d'un délit commis par ce dernier.
[36] 36 Cf. art.30b LPP; art. 331 d, 6e al. CO.
[37] Car cela pourrait entraîner d'importants inconvénients pour les autres assurés.

rapport de l'organe de contrôle. Si l'ordre de priorités apparaît injustifié du point de vue de l'encouragement à la propriété du logement et des intérêts légitimes de l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance doit ordonner les mesures idoines.

L'article 7 décrit les modalités du remboursement du versement anticipé de la prévoyance professionnelle. Selon l'alinéa 1, le montant minimal d'un remboursement doit être de 20'000 francs et ce, essentiellement pour les mêmes raisons que celles exposées à propos du versement anticipé selon l'article 5, 1er alinéa.

Pour des raisons administratives également, le solde du versement anticipé à rembourser qui est inférieur à 20'000 francs ne peut pas, en vertu de l'alinéa 2, être payé en plusieurs tranches. Ces réglementations figurant aux alinéas 1 et 2 valent aussi bien pour les remboursements aux institutions de prévoyance que pour ceux effectués auprès de fondations de libre passage.

Le formulaire de l'Administration fédérale des contributions que l'institution doit remplir en vertu de l'alinéa 3 permet à la personne assurée, d'une part, de faire valoir auprès de l'autorité cantonale compétente son droit au remboursement des impôts payés à l'époque et, d'autre part, de calculer le montant qu'elle peut déduire du revenu imposable[38].

L'**article 8**, alinéa 1, traite de la mise en gage de la prestation de libre passage et précise la limite maximale du montant de cette prestation qui peut faire l'objet du gage lorsque la personne assurée est âgée de moins de 50 ans.
Fixer une limite maximale est nécessaire pour le cas particulier où les parties au contrat de gage prévoient comme objet du gage non pas un montant déterminé mais un montant déterminable, à savoir la prestation de libre passage acquise à la personne assurée, laquelle augmente d'années en années. En pareil cas, le montant maximal sur lequel peut porter le gage est celui de la prestation de libre passage acquise à la personne assurée au moment de la réalisation du gage, étant entendu que ce montant ne peut en aucun cas être supérieur à celui de la prestation de libre passage acquise à l'âge de 50 ans (révolus). L'autorisation de procéder à une adaptation dynamique du potentiel de mise en gage à l'évolution de la prestation de libre passage est surtout judicieuse pour les jeunes assurés car ceux-ci se trouvent au début de leur carrière professionnelle et ne disposent alors que d'une petite prestation de libre passage. Le créancier ne sera disposé à accepter une mise en gage ou à accorder un prêt que si le substrat du gage est la prestation de libre passage en constante augmentation.

A la différence du. versement anticipé, la mise en gage peut servir à garantir les intérêts hypothécaires capitalisés[39].
En vertu de l'alinéa 2. les dispositions de l'article 5, alinéa 4, concernant les limitations imposées aux assurés qui ont déjà atteint l'âge de 50 ans ou qui auront dépassé cet âge au 1er janvier 1995, sont aussi applicables à la mise en gage de la prestation de libre passage.

[38] Cf. art. 15, al. 1 ci-dessous.
[39] Cf. commentaires de l'art.1,1 er al., lettre c.

Outre la mise en gage d'un montant à concurrence de la prestation de libre passage, la personne assurée a la possibilité de mettre en gage le droit aux prestations de prévoyance conformément aux articles 30b LPP et 331d CO. La réalisation du substrat du gage correspondant présuppose à vrai dire l'échéance de la prestation de prévoyance, autrement dit la survenance du cas de prévoyance. La mise en gage de la (future) prestation de prévoyance est donc un contrat sous condition suspensive, autrement dit, un acte juridique dont les effets ne se produisent que si la condition se réalise, soit, en l'occurrence, la survenance du cas de prévoyance concerné (par ex. âge) et avec elle, l'exigibilité de la prestation correspondante (rente ou prestation en capital).

L'échéance de la prestation de prévoyance a en outre pour conséquence que les fonds de prévoyance perdent leur caractère de fonds liés et que par là-même, la personne assurée peut désormais en disposer librement dans le cadre de l'ordre juridique général.

Il n'est pas possible de mettre entièrement en gage simultanément l'avoir de prévoyance et les prestations de prévoyance car ces dernières sont nécessairement liées à l'avoir de prévoyance. En revanche, il est possible de combiner la mise en gage d'une partie des prestations de prévoyance avec une partie de l'avoir de libre passage ou de combiner le versement anticipé et la mise en gage.

L'**article 9** exige, à l'alinéa 1. le consentement écrit du créancier gagiste en cas de paiement en espèces de la prestation de prévoyance et de la prestation de libre passage ou du transfert de cette dernière selon l'article 22 de la loi sur le libre passage.

Cette réglementation correspond en substance à celle de l'article 10 OEPL 86 en vigueur, mais elle en étend l'application à différents égards. L'exigence du consentement du créancier gagiste concerne l'ensemble de la prévoyance professionnelle et tous les types de prestations de prévoyance. Ce consentement est également nécessaire, quand, dans une procédure de divorce, le juge, se fondant sur l'article 151 s. CC, en corrélation avec l'article 22 de la loi sur le libre passage, attribue une part du droit au libre passage acquis pendant le mariage à l'autre conjoint pour sa prévoyance professionnelle. Si le créancier consent[40] à ce que cette part du droit de libre passage acquise durant le mariage soit transférée au conjoint divorcé de son débiteur, la question se pose de savoir si le droit de gage grevant la part en question doit aussi être accessoirement transférée. Comme il ne s'agit pas ici d'une sûreté de gage exclusivement réelle, mais qui se réfère bien à la personne du débiteur, il convient de dénier ce caractère accessoire. Le créancier doit donc prendre les précautions nécessaires contractuellement. Parle transfert d'une part du droit acquis durant le mariage au conjoint divorcé de la personne assurée, la substance de prévoyance de cette dernière est réduite d'autant et celle du conjoint augmentée dans la même proportion. La part acquise durant le mariage et transférée en faveur du conjoint de la personne assurée doit être à la disposition de ce conjoint pour lui permettre d'accéder à la propriété du logement, que ce soit par le versement anticipé ou par la mise en gage. Elle ne doit en aucun cas rester grevée de droits de gage de l'ex conjoint (= personne assurée).

[40] Dans une procédure de divorce, les parties feraient d'ailleurs bien d'envisager que le créancier gagiste ne sera éventuellement pas d'accord de consentir au transfert du droit correspondant de libre passage.

L'alinéa 2 oblige l'institution de prévoyance à mettre en sûreté le montant servant, selon l'alinéa 1, de substrat de gage au cas où le créancier gagiste s'oppose au paiement ou au transfert. L'institution de prévoyance peut à cet égard prévoir l'ouverture d'un compte bloqué en faveur de la personne assurée ou mettre le montant en dépôt conformément à l'article 906 alinéa 2 CC.

L'alinéa 3 oblige l'ancienne institution de prévoyance à informer le créancier gagiste lors d'un changement d'institution de prévoyance. L'ancienne institution de prévoyance devra toujours connaître la nouvelle institution, que ce soit une institution de prévoyance, une institution de libre passage ou une institution supplétive[41]. En cas de versement en espèces. il n'y a pas de nouvelle institution de prévoyance. En pareil cas, le créancier gagiste dispose de son droit de consentement[42].

L'**article 10** exige de la personne assurée un minimum d'efforts pour apporter la preuve qu'elle a respecté le but d'utilisation visé à l'article premier, 1er alinéa. Elle doit fournir spontanément à l'institution de prévoyance des pièces justificatives suffisamment probantes, par ex. un contrat d'achat, d'entreprise ou de prêt ou le règlement ainsi qu'une confirmation écrite de la coopérative d'habitation et de construction concernant l'achat d'une participation[43]. La personne assurée doit par conséquent envoyer les documents nécessaires à. temps pour que l'institution de prévoyance ait la possibilité de les vérifier de manière adéquate avant de procéder au versement anticipé. Normalement, l'institution de prévoyance peut exiger de la personne assurée qu'elle lui remette ces justificatifs au moment où celle-ci fait valoir son droit. Si ces pièces sont remises plus tard, la personne assurée doit pouvoir le justifier de manière plausible. La personne assurée doit prouver qu'elle utilise les fonds de prévoyance pour au moins l'un des buts énumérés à l'article premier, 1er alinéa. Plusieurs buts peuvent être poursuivis; par ex. une partie du capital de prévoyance disponible est utilisée pour financer l'agrandissement du logement et une autre partie pour amortir des prêts hypothécaires. En outre, une partie peut être demandée en titre de versement anticipé et une autre mise en gage. S'il y a déjà eu plusieurs retraits anticipés, le gage devra cependant être adapté en conséquence. Cela vaut également pour l'assurance complémentaire au sens de l'article 30c, alinéa 4, LPP.

L'**article 11** règle, aux lettres a à e, l'obligation qu'a l'institution de prévoyance d'informer la personne assurée. Celle-ci doit faire une demande écrite précisant les informations qu'elle souhaite obtenir[44]. D'une manière générale, cette demande devrait bien entendu porter sur les indications relatives au montant maximal du versement anticipé pouvant être demandé et sur celles touchant la réduction des prestations en espèces qui en découlent en cas de survenance d'un cas de prévoyance. Il y a également les obligations fiscales qui intéresseront surtout les assurés vivant dans les cantons qui prévoient une imposition relativement élevée

[41] Cf. art. 4, al. 1 et 2 LLP.
[42] Cf. art. 9, al. 1.
[43] Le règlement doit en particulier préciser combien de parts la personne assurée peut acquérir.
[44] Il est conseillé aux institutions de prévoyance de donner une structure formelle à ces questions en les incluant dans un schéma et en les assortissant d'un commentaire; de cette manière, et la question et la réponse seront plus compréhensibles et cela permettra d'éviter que les assurés ne demandent constamment des précisions complémentaires.

pour les prestations en capital[45]. L'institution de prévoyance ne doit toutefois pas calculer au centime près la somme des impôts que la personne assurée devrait payer pour un montant donné ni celui du remboursement qu'elle pourrait demander à l'autorité fiscale si cette personne rembourse le versement anticipé à l'institution de prévoyance. En revanche, elle doit au moins lui signaler que le versement anticipé est immédiatement imposable et la rendre attentive au fait qu'en cas de remboursement du versement anticipé, elle peut, moyennant présentation des documents justificatifs correspondants, demander à l'autorité cantonale le remboursement du montant, sans intérêts, des impôts qu'elle avait payés à l'époque sur le versement anticipé. La personne assurée doit vérifier elle-même le montant exact de l'imposition et celui du remboursement des impôts.

Les informations mentionnées aux lettres a à e doivent être automatiquement fournies à la personne assurée lors d'une demande de versement anticipé ou de mise en gage. Dans ce cas, les informations doivent être communiquées à la personne assurée même si elle ne les a pas expressément demandées.

Une information objective et compréhensible est une condition essentielle pour que l'encouragement à la propriété du logement puisse être appliqué de manière optimale. Elle est dans l'intérêt de la personne assurée et de ses proches car le sort de la protection de prévoyance en dépend largement. Il faut en effet souligner qu'avec l'encouragement à la propriété du logement, c'est un grand témoignage de confiance qui est accordé à la personne assurée, confiance dans le fait qu'elle utilisera les fonds de prévoyance en ayant conscience de ses responsabilités. En même temps, on lui délègue toutefois le risque qui s'y rattache. Mais la personne assurée - qui est dans la plupart des cas la partie contractante la plus moins bien informée -ne peut prendre ce risque à son compte qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant quels inconvénients et avantages une telle mesure comporte dans son cas précis. Voilà pourquoi elle doit recevoir les informations nécessaires sous une forme compréhensible. Les institutions de prévoyance auront soin de vouer une attention particulière à donner des informations objectives, compréhensibles et loyales. La pratique en matière d'informations dans ce domaine sera d'ailleurs l'un des objets de l'analyse des effets de ces mesures d'encouragement à la propriété du logement, analyse qu'effectuera l'office fédéral des assurances sociales en collaboration avec des milieux privés de la prévoyance professionnelle.

Le conjoint de la personne assurée a également le droit de recevoir les informations mentionnées sous lettre a à e pour pouvoir donner son consentement au versement anticipé ou à la mise en gage en toute connaissance de cause. C'est à la personne assurée qu'incombe l'obligation de les lui donner conformément à l'article 170 CCS et, en cas de refus de celle-ci, son conjoint peut en appeler au Juge (art.170, 2e al. CCS).

L'**article 12** définit l'obligation incombant à l'ancienne institution de prévoyance de renseigner la nouvelle institution de l'assuré. Elle doit en particulier lui communiquer si l'avoir de prévoyance, respectivement les prestations de prévoyance sont mis en gage et à concurrence de quel montant. Elle doit aussi l'informer du versement

[45] Cf. graphique figurant en page 49 du message du Conseil fédéral du 19 août 1992; il faut mentionner à ce propos que le canton de Berne a entretemps diminué sa charge fiscale de près de la moitié.

anticipé et lui faire connaître d'éventuelles autres données importantes (dates) pour elle. C'est la seule façon pour la nouvelle institution de prévoyance de se préparer à une éventuelle réalisation du gage ou au remboursement du versement anticipé par la personne assurée ou ses héritiers[46].
La. nouvelle institution doit être informée aussi bien des versements anticipés effectués que des demandes de versement anticipé encore en suspens. En effet, les rapports de prévoyance étant transférés à la nouvelle institution, cette dernière sera chargée de régler les demandes de versement anticipé ou de paiement découlant de la réalisation d'un gage que l'ancienne institution n'avait pas pu liquider.

Il est absolument indispensable de communiquer à la nouvelle institution le montant de la prestation de libre passage à l'âge de 50 ans de la personne assurée car sinon, il lui sera difficile de reconstituer ce montant. Or, la communication du montant en question est nécessaire afin qu'elle puisse définir la limitation des droits que cette personne peut faire valoir en matière d'encouragement à la propriété du logement. Cette obligation découle de la loi sur le libre passage et de l'ordonnance qui s'y rattache[47].

Chapitre 3: Dispositions fiscales

L'encouragement à la propriété du logement dépend étroitement - comme du reste la prévoyance professionnelle en général - du soutien approprié du traitement fiscal. C'est en ce sens qu'il convient de régler soigneusement et le plus simplement possible les rapports entre l'institution de prévoyance, les assurés et les autorités fiscales.

L'article 13 oblige, à l'alinéa 1, l'institution de prévoyance à annoncer le versement anticipé de la personne assurée à l'Administration fédérale des contributions au moyen d'un formulaire établi par cette dernière. La section "Annonces" de l'Administration fédérale des contributions[48] fera en l'espèce office d'organe central non seulement pour les impôts fédéraux directs, mais aussi pour les impôts cantonaux et les administrations fiscales cantonales.

En vertu de l'alinéa 2, l'Administration fédérale des contributions tient une comptabilité des versements anticipés, des réalisations de gage et des remboursements qui lui sont annoncés; il ne s'agit pas d'une comptabilité proprement dite mais d'une inscription des annonces dans un registre.

Sur demande écrite, elle remet, conformément à l'alinéa 3, une attestation à la personne assurée précisant quel est l'état des versements anticipés investis dans le logement en propriété au moment où elle demande cette attestation. Elle lui précise également le montant des prestations en capital qui n'ont pas encore été remboursées à l'institution de prévoyance et indique quelles sont les autorités cantonales compétentes pour effectuer le remboursement des impôts. Elle atteste en outre les prestations en capital soumises à l'impôt en raison d'un versement anticipé ou de la réalisation du gage.

---

[46] Cf. art. 30d, 1er alinéa LPP.
[47] art. 11, al. 2, OLP.
[48] Eigerstrasse 65, 3003 Berne.

L'**article 14** comporte une autre disposition essentielle pour que l'encouragement à la propriété du logement soit efficace et appliqué de manière conforme.
Les rachats d'années de cotisations ou d'années d'assurance ne peuvent, selon l'alinéa 1, être déduits du revenu imposable de la personne assurée que dans la mesure où, ajoutés au montant des versements anticipés investis dans la propriété du logement, ils ne dépassent pas le cadre des prestations de prévoyance prévues par le règlement.

Le montant du remboursement correspond, selon l'alinéa 2, à la somme qui avait été payée à l'époque à titre d'impôt pour cette prestation en capital. Aucun intérêt n'est dû sur le montant à rembourser en raison du fait que la personne assurée, grâce au versement anticipé, a pu et peut bénéficier, d'une part, d'une plus-value et, d'autre part, d'avantages fiscaux - par rapport aux locataires - liés à la propriété du logement. Si des intérêts étaient dus sur le montant à rembourser, les personnes assurées seraient plus enclines à rembourser le versement anticipé, mais une telle mesure les avantagerait de manière injustifiée.

Lorsque plusieurs versements anticipés ont été octroyés à la même personne assurée, puis remboursés par elle, les montants payés à titre d'impôts sont restitués dans l'ordre où les versements anticipés ont été effectués. La même règle s'applique lorsque la personne a élu domicile dans différents cantons et y a demandé des versements anticipés.

Le remboursement du versement anticipé à une institution de prévoyance, imposé par la loi en raison de la vente du logement ou effectué volontairement, entraîne, selon l'alinéa 3, l'obligation pour l'autorité fiscale de rembourser les impôts prélevés à l'époque sur le versement anticipé. Ce même alinéa précise en outre les différentes attestations qu'il faut adresser à l'autorité fiscale compétente pour obtenir le remboursement des impôts payés à l'époque sur le versement anticipé.

Lorsque la personne assurée vend son logement, puis, dans les deux ans qui suivent la vente, rachète, grâce au produit de cette dernière, un logement qu'elle utilise pour ses propres besoins, elle a la possibilité de placer momentanément cette somme sur un compte de libre passage et de la transférer, dans les deux ans qui suivent, dans le nouveau-logement en propriété[49]. Cette façon de faire est sans effet du point de vue fiscal, c'est-à-dire qu'il n'y a ni remboursement, ni annonce, ni imposition, etc. en raison du fait que la propriété du logement n'est abandonnée que momentanément et que l'avoir de prévoyance utilisé pour la propriété du logement concernée n'est pas retirée du circuit de la prévoyance professionnelle liée.

Lorsque le logement est vendu consécutivement au divorce des époux et que les droits de prévoyance acquis pendant le mariage seront - comme cela pourra se faire à l'avenir - répartis entre les conjoints divorcés[50], on peut se demander qui des deux conjoints divorcés pourra faire valoir le droit au remboursement des impôts en cas de transfert du capital de prévoyance correspondant auprès de leur institution de

[49] Art. 30d. al. 4, LPP. Si ce montant n'est pas réinvesti dans la propriété d'un logement dans les deux ans, les mêmes effets qu'en cas de vente normale sans rachat s'appliquent.
[50] Cf. Art. 22 LLP. Le nouveau droit du divorce du CC prévoit en substance - cette disposition n'est que provisoire pour l'instant - que les droits de prévoyance acquis durant le mariage seront partagés en deux.

prévoyance respective. La réponse à cette question sera donnée dans le cadre de la discussion portant sur le régime des biens matrimoniaux ou de la loi sur les impôts, déterminante en l'espèce.

Cependant, il faut savoir qu'en vertu de l'article 30e, 1er alinéa, phrase 3 LPP, le fait de céder la propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance n'est pas considérée comme une vente et que les conséquences en matière d'impôt et d'annonce n'ont pas à être respectées. Or, selon l'art. 19, 3e al. LPP en corrélation avec l'article 20 OPP 2[51], l'épouse de l'assuré continue, après le divorce, d'être considérée comme le bénéficiaire de l'assuré en matière de prévoyance. Mais l'époux peut fort bien être considéré également comme personne bénéficiaire d'après le règlement de l'institution de prévoyance concernée. Dans de tels cas, la cession au conjoint divorcé d'un logement dont la personne assurée est l'unique propriétaire[52]n'est pas considérée comme une vente et, partant, n'entraîne aucune obligation de remboursement.
Les futures dispositions du Code civil[53] traitant du divorce devraient cependant prévoir qu'en cas de divorce, on procédera au partage des droits de la prévoyance dans la mesure où chacun des deux conjoints fera porter au crédit de l'autre la moitié de sa fortune de prévoyance auprès d'un organisme de prévoyance liée et, de ce fait, n'aura plus aucun droit à des prestations de prévoyance en tant que conjoint divorcé. Cette procédure entraînera également la conséquence correspondante pour l'encouragement à la propriété du logement.

Chapitre 4: Dispositions spéciales

S'agissant du calcul du produit de la vente[54], **l'article 15** tend à prévenir un danger d'abus qu'il convient de ne pas prendre à la légère. Cet abus peut notamment consister en ce que la personne assurée contracte sans raison valable des dettes hypothécaires sur son logement en propriété en spéculant sur les nouvelles possibilités offertes par l'encouragement à la propriété du logement, puis les amortisse grâce au versement anticipé et, enfin, augmente à nouveau le montant de cette hypothèque et utilise l'argent remis à de pures fins de consommation, le retirant ainsi du circuit de la prévoyance.

C'est en s'appuyant sur l'idée et le but de l'actio paulina, relevant du droit romain, qui figure dans le droit de la poursuite pour dettes et faillites[55] que l'on définit une sorte de "période suspecte" à laquelle on applique la "presumptio juris" selon laquelle les dettes hypothécaires qui ont été contractées dans les deux ans précédent la vente du logement en propriété ne pourront pas être prises en compte dans le calcul du produit de la vente. Cette présomption légale et sa conséquence juridique peuvent être renversées si la personne assurée apporte la preuve que le prêt hypothécaire qu'il a contracté était objectivement justifiée ou nécessaire au cours de cette période,

[51] Ordonnance du 18 avril 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; AS 831.441.1
[52] ou la cession de la part correspondante de copropiété au conjoint divorcé.
[53] Le message du Conseil fédéra1 s'y rapportant sera adopté cette année encore.
[54] Cf. art. 30d, al. 6, LPP ou art. 331e, al. 6, CO
[55] Cf. art. 286 ss. de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillites; RS 281.1

par exemple pour acquérir son logement ou pour effectuer des travaux d'assainissement.

Cette présomption peut également être supprimée si la personne assurée prouve qu'elle a dû revendre le logement dans un délai de deux ans après l'avoir acquis.

L'**article 16** prescrit aux coopératives de logement et d'habitation et aux organismes similaires de construction ou de logement qu'en cas de sortie de la personne assurée, elles doivent transférer les capitaux de prévoyance que celle-ci y a investis sous forme de participation à l'organisme désigné par elle, pour autant qu'il soit autorisé. Si la personne assurée ne peut pas prouver l'existence de dispositions réglementaires, au sein de la coopérative de construction et d'habitation ou de l'organisme de construction ou de logement, concernant l'acquisition de parts ou d'autres formes de participation, ni ne peut produire une attestation relative au montant de souscription nécessaire pour y adhérer, l'institution de prévoyance ne peut pas leur transférer l'argent. Ces coopératives et autres organismes doivent communiquer à l'institution de prévoyance toute modification du règlement à ce sujet. Cette obligation ne vaut bien entendu que jusqu'au moment de la survenance d'un cas de prévoyance touchant la personne assurée.

Les parts sociales ou certificats de participation similaires (par ex. l'action d'une société anonyme de locataires), acquis au moyen des fonds de la prévoyance professionnelle doivent être déposées auprès de l'institution de prévoyance qui a effectué le versement anticipé ou qui a accepté la mise en gage du capital de prévoyance. Lorsque la personne assurée change d'institution de prévoyance, les documents en question doivent être transférés à la nouvelle institution.

L'**article 17** précise que les frais occasionnés par la conclusion d'une assurance complémentaire destinée à combler une éventuelle lacune de prévoyance résultant du versement anticipé ou de la réalisation du gage sont en principe à la charge de la personne assurée et qu'il n'y a donc pas lieu ici de respecter le principe de la parité des cotisations (employeur/salarié) applicable dans la prévoyance professionnelle obligatoire. Cette assurance complémentaire sert en effet à combler la lacune de prévoyance, dans une certaine mesure comme le ferait le pilier 3a pour lequel l'employeur de la personne assurée ne doit rien prendre à sa charge. Les primes de cette assurance complémentaire peuvent toutefois, comme d'ailleurs les autres cotisations de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle liée, être déduites du revenu lors du calcul du revenu imposable, pour autant bien sûr qu'elles soient versées dans le cadre du deuxième pilier ou de la prévoyance individuelle liée.

Chapitre 5: Dispositions finales

L'**article 18** mentionne qu'il est procédé à une analyse des effets principaux et secondaires de ces mesures qui ne sont pas simples à mettre sur pied et qui sont incertaines dans de nombreux domaines du point de vue de leur application et de leur efficacité. Cette analyse résulte du souci de garantir une exécution de la loi efficace et proche de la pratique, ceci surtout dans l'intérêt des institutions de prévoyance et des assurés. Sa mise sur pied se fonde en particulier sur l'article 43,

alinéa 3, de la loi sur les rapports entre les conseils et répond à l'objectif et aux recommandations du groupe de travail "Evaluation de la loi "[56]. L'analyse des effets doit en premier lieu permettre à l'autorité compétente, en l'occurrence l'office fédéral des assurance sociales, d'avoir connaissance d'éventuelles répercussions secondaires néfastes résultant de l'exécution de ces mesures et de prendre les dispositions nécessaires au niveau de l'ordonnance ou par le biais d'instructions pour corriger ces effets. Les frais d'une telle analyse devraient être peu importants pour la Confédération, car les activités liées à cette analyse se limitent au minimum nécessaire; il est de surcroît prévu que les milieux spécialisés du deuxième pilier, pour qui il est particulièrement important que l'exécution des mesures soit efficace, participent également à son financement[57].

L'**article 19** précise que l'ordonnance du 7 mai 1986 sur l'encouragement à la propriété du logement est abrogée. Elle le sera au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, soit le 1er janvier 1995.

L'**article 20** modifie les articles 3 et 4 de l'ordonnance du 13 novembre 1985[58] sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3); ces articles sont en effet étroitement liés à l'encouragement de la propriété du logement du 2e pilier. A cet égard, il est très important d'harmoniser les dispositions de ces deux actes législatifs concernant les notions de propriété du logement et de propres besoins compte tenu du même objectif visé par les mesures en question. Certaines différences doivent néanmoins subsister étant donné que les institutions oeuvrant dans ces deux piliers sont différentes. La condition du montant minimal, par exemple, n'a pas la même importance pour une institution du pilier 3a que pour une institution de prévoyance du 2e pilier. En outre, l'article 5, alinéa 2, OEPL prévoit, dans le cadre même du 2e pilier, une exception concernant les institutions de libre passage (qui sont similaires aux institutions du pilier 3a). De plus, en cas de vente du logement en propriété, on ne peut pas, dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement au niveau du pilier 3a, stipuler l'obligation de rembourser le montant perçu à une institution de la prévoyance individuelle liée notamment parce que celles-ci ne connaissent pas la notion d'achat et de rachat.
Par ailleurs, l'élargissement de l'encouragement à la propriété du logement à l'ensemble de la prévoyance professionnelle nécessite une adaptation de la réglementation de l'article 4 OPP 3 portant sur la mise en gage. La référence à l'article 40 LPP qui est abrogé est supprimée.

L'**article 21** fixe l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au 1er janvier 1995. Le Conseil fédéral fixera à cette même date l'entrée en vigueur de la loi sur l'encouragement à la propriété du logement et - vu le rapport étroit entre les deux lois - de la loi sur le libre passage et de l'ordonnance qui s'y rapporte.

[56] AGEVAL, cf. rapport final à l'intention du Département de justice et police, octobre 1991,chiffres 6 et 7.
[57] Des discussions sont en cours à ce propos.
[58] RS 831.461.3

BSV / OFAS / UFAS / /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 31

du 8 décembre 1994

TABLE DES MATIERES

180 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

181 A propos du libre passage

182 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier

183 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP pour 1995

184 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1995

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

Remarque
La nouvelle réglementation concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle et le libre passage entrera en vigueur le 1er janvier 1995. Pour faciliter une introduction appropriée et uniforme de ces lois, l'Office fédéral des assurances sociales répond dans le présent Bulletin, sous les chiffres qui suivent, à quelques questions pendantes qui lui ont été posées.

180 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

1. Qu'entend-on par mise en gage dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement ?

(art. 30b LPP, 331d CO)

Les nouveaux articles 30b LPP et 331d CO traitent de la mise en gage. A côté de la mise en gage du droit à toutes les prestations futures de prévoyance, existe dorénavant la possibilité de mettre en gage également un montant maximal à concurrence de la prestation de libre passage. Dans ce dernier cas, le créancier jouit alors d'un droit de gage sur un montant qui - si les conditions du contrat de gage pour le paiement de la créance garantie ne sont pas respectées- peut être réalisé en tout temps avant la survenance d'un cas de prévoyance. Lorsque prend naissance le droit à une prestation de vieillesse, de survivants ou d'invalidité, il ne plus y avoir de cas de libre passage ce qui entraîne par là-même l'extinction du droit à une prestation de libre passage (art.2 LFLP). Dès lors, l'objet du gage tombe et le droit de gage s'éteint sauf si un objet de remplacement a été prévu dans le contrat de gage. L'on peut en effet prévoir, par exemple, dans le contrat de gage qu'en cas de survenance d'un cas de prévoyance, un nouvel objet de gage (la prestation de prévoyance exigible à servir) se substituera à l'objet initial (le montant à concurrence de la prestation de libre passage).

En cas de mise en gage du droit aux prestations de prévoyance, les parties peuvent prévoir comme objet du gage, alternativement ou cumulativement, la prétention à une prestation de vieillesse, d'invalidité ou de décès. La possibilité de mise en gage cumulative rend le gage considérablement plus attrayant qu'il ne l'était auparavant. En effet, la mise en gage cumulative des prestations de vieillesse, d'invalidité et de décès a pour conséquence que la réalisation du gage ne dépend plus uniquement du fait que l'assuré atteigne l'âge de la retraite puisqu'elle est également possible lors de la survenance des autres cas de prévoyance. Il n'en demeure pas moins que la réalisation du gage ne pourra toujours pas avoir lieu lorsqu'aucune prestation de prévoyance n'est versée parce qu'aucun cas de prévoyance ne se réalise (décès d'un assuré célibataire sans survivants) . Quel que soit le droit aux prestations de prévoyance mis en gage, le gage n'est réalisable que lorsque la prestation concernée est exigible et tant que celle-ci est versée. Si, par la suite, la rente s'éteint, le substrat du gage disparaît également. Le risque de suppression des prestations est ainsi supporté par le créancier.

Contrairement au droit actuellement en vigueur[1], le nouveau droit ne règle plus les conséquences découlant du fait que les conditions nécessaires pour la mise en gage ne sont plus réunies. On peut donc en déduire que le droit de gage subsiste même si ces conditions ne sont plus remplies (par.ex. en cas de vente du logement).

[1] cf. article 11 de l'ordonnance du 7 mai 1986 réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse

2. Comment définir la notion du domicile pour les étrangers ?
(art. 30b, 30c LPP; art. 331d, 331e CO; art. 4 OEPL)

Pour les étrangers séjournant en Suisse, la notion du domicile est définie en vertu du droit privé national et international. Selon les articles 23 CCS et 20 LDIP[2], le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir durablement et effectivement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est l'endroit où se situe le centre de son existence, lequel se détermine d'après les circonstances entourant la personne concernée.

3. Quelle garantie du but de la prévoyance existe-t-il pour les assurés domiciliés à l'étranger ?
(art. 30e LPP; art. 331e, al. 8 CO)

Lorsqu'un versement anticipé sert à financer un logement en propriété en Suisse, une restriction du droit d'aliéner doit être mentionnée au registre foncier. Cette mention doit garantir le but de la prévoyance. Cependant, si le logement en propriété est situé à l'étranger (par ex. le logement en propriété de frontaliers), la garantie par le biais d'une restriction du droit d'aliéner n'est pas possible. L'assuré domicilié à l'étranger doit, avant le versement anticipé ou la mise en gage de l'avoir de prévoyance, démontrer de manière probante qu'il utilise les fonds de la prévoyance professionnelle pour la propriété de son logement (cf. art. 30e, al.5 LPP). L'institution de prévoyance peut exiger, dans ce cas particulier, que la preuve à fournir par l'assuré consiste notamment en une attestation notariée ou officielle.

4. Quel est l'effet de la mention au registre foncier ?
(art. 30e LPP; art. 331e, al.8 CO; art.960 CCS)

En vertu de la loi, une restriction du droit d'aliéner doit être mentionnée au registre foncier lorsque le logement en propriété est financé au moyen des fonds de la prévoyance. Cette mention a pour effet que la propriété de ce logement ne peut être transférée à un tiers que si le propriétaire actuel (l'assuré) prouve que le versement anticipé, resp. le produit de réalisation du gage, a été remboursé à une institution de la prévoyance professionnelle. Quant aux dispositions formelles et techniques concernant le registre foncier, l'Office fédéral du registre foncier donnera aux bureaux du registre foncier les instructions et recommandations nécessaires.

5. L'institution de prévoyance peut-elle garantir un versement anticipé par un gage immobilier ?
(art. 1 OEPL)

Le versement anticipé n'est pas un prêt octroyé par l'institution de prévoyance à l'assuré. Il s'agit de la mise à la disposition de ce dernier, par l'institution de prévoyance, du capital de prévoyance existant en sa faveur lorsqu'il entend l'investir dans la propriété d'un logement conformément à l'article 1 de l'ordonnance du 3 octobre 1994. Comme il ne s'agit donc pas d'un placement des capitaux de

[2] Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987; RS 291

l'institution de prévoyance, celle-ci n'a besoin, en l'occurrence, d'aucune garantie immobiliaire.

6. L'assuré qui a fait valoir son droit à un versement anticipé peut-il être contraint de conclure une assurance complémentaire ?
(art. 30c, al.4 LPP; art. 331 e, al.4 CO)

L'institution de prévoyance ne peut pas contraindre l'assuré qui a fait valoir son droit à un versement anticipé à conclure une assurance complémentaire. L'assuré a le droit, mais non pas l'obligation de conclure une telle assurance.

7. L'institution de prévoyance doit-elle proposer une assurance complémentaire ?
(art. 30c, al.4 LPP; art. 331 e, al.4 CO)

L'institution de prévoyance doit proposer une assurance complémentaire. Si elle n'a pas la possibilité de l'organiser elle-même, elle doit faire office d'intermédiaire pour la conclusion d'une telle assurance.

8. Que se passe-t-il si, après le versement anticipé, l'assuré fait valoir un motif donnant droit au paiement en espèces ?
(art. 30c LPP; art. 331e CO; art. 5 LFLP)

Le versement anticipé entraîne une réduction de la prestation de libre passage conformément au règlement de l'institution de prévoyance concernée. Le paiement en espèces peut être exigé à concurrence de la prestation de libre passage encore disponible après le versement anticipé, s'il existe un motif donnant droit au paiement en espèces.

9. Jusqu'à quel moment l'assuré peut-il faire valoir un versement anticipé ?
(art. 30c, al.1 LPP; art. 331d, al.1 CO)

Selon les articles 30c, al.1 LPP et 331d, al.1. CO, l'assuré peut demander un versement anticipé jusqu'à trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse. La naissance du droit aux prestations de vieillesse est déterminée par le règlement de l'institution, conformément à l'art. 13, al.2 LPP. Lorsque le règlement prévoit un âge de la retraite flexible, elle est déterminée par l'âge de la retraite préalablement choisi par l'assuré. Les mêmes principes s'appliquent à la mise en gage.

10. Une partie du versement anticipé peut-elle être utilisée pour s'acquitter des impôts dus sur celui-ci conformément à l'art. 83a, al.1 LPP ?
(art. 83a, al.1 LPP; articles 1 et 6, al.2 OEPL)

L'article1, al.1 de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) définit les buts d'utilisation des fonds de la prévoyance professionnelle. Le paiement des impôts n'y est pas mentionné. En outre, l'article 6, al.2 de l'OEPL précise que l'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé directement au vendeur, à l'entrepreneur, au prêteur ou aux bénéficiaires selon l'art. 1, al.1, lettre b de ladite ordonnance. Le

paiement en mains de l'assuré ou aux autorités fiscales n'y est pas prévu. C'est pourquoi, les fonds de la prévoyance professionnelle perçus sous forme de versement anticipé ne peuvent pas être utilisés pour s'acquitter des impôts dus sur ce dernier, sauf si les conditions d'un prélèvement fiscal à la source sont remplies.

181 A propos du libre passage

1. "Réglementation concernant les intérêts moratoires" dans la loi sur le libre passage

(art. 2 al. 3, art. 4 al. 2, art. 10 al. 2 LFLP; art. 7 OLP)

On parle d'intérêts moratoires dans trois articles de la LFLP.

- Aux termes de l'article 2, alinéa 3, la prestations de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance. Elle est affectée d'*intérêts moratoires* à partir de ce moment-là.
- En vertu de l'article 4, alinéa 2, l'institution de prévoyance doit verser, au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage, la prestation de sortie, y compris les *intérêts moratoires*, à l'institution supplétive si l'assuré ne notifie pas à son institution de prévoyance sous quelle forme admise il entend maintenir sa prévoyance.
- L'article 10, alinéa 2, stipule que la prestation d'entrée est exigible lorsque l'assuré entre dans l'institution de prévoyance. Elle est frappée d'*intérêts moratoires* à partir de ce moment-là.
  Cet intérêt moratoire correspond, selon l'article 7 OLP, au moins au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté d'un pour cent. Pour l'heure, il se monte donc à 5 pour cent.

A cet égard, le législateur ne s'en est pas tenu absolument à la réglementation concernant les intérêts moratoires telle qu'elle est prévue dans le Code des obligations (CO) à l'article 104. Il s'agit ici plutôt d'une simple base de calcul pour une prestation exigible (cf. Bulletin officiel du Conseil des Etats 1993, p. 563).
Le législateur voulait en effet qu'un intérêt soit également payé lorsque l'on ne sait pas encore à qui il faut verser la prestation de libre passage (art. 4, al. 2, LFLP). Un tel état de fait n'entraînerait, on le sait, aucun retard au sens de l'art. 104 CO. Dans le cas inverse, la prestation d'entrée doit aussi être frappée d'un intérêt de même taux à partir du moment où l'assuré entre dans la nouvelle institution de prévoyance. Mais la connaissance du montant de la prestation d'entrée n'importe pas en l'occurrence (art. 10, al. 2, LFLP).
Le législateur a estimé que l'expression "intérêts moratoires" était la plus appropriée pour tenir compte des ces circonstances particulières de la loi sur le libre passage.

Aux termes de l'article 4, alinéa 2, LFLP, l'institution de prévoyance doit, lorsqu'elle n'a reçu aucune notification de la part de la personne assurée, verser la prestation de sortie à l'institution supplétive au plus tard deux ans après la survenance du cas de libre passage. L'institution de prévoyance ne doit cependant pas attendre l'expiration de ce délai de deux ans, mais elle peut, après avoir sommé l'assuré - en l'invitant à se prononcer quant à la manière de maintenir sa prévoyance dans un délai convenable - et qu'elle n'ait reçu aucune réponse de sa part, procéder au

versement de la prestation à l'institution supplétive. Elle peut ainsi éviter de devoir payer des intérêts.

Si la prestation de sortie est versée dans les deux ans à l'institution supplétive, le paiement d'intérêts par l'institution de prévoyance cesse au moment du versement de la prestation. Mais l'institution supplétive n'est pas tenue de servir un intérêt de cinq pour cent sur cette prestation de libre passage pendant les deux ans qui suivent la survenance du cas de libre passage en vertu de l'article 7 OLP, mais elle doit servir un intérêt sur ce montant dans le cadre d'un compte de libre passage au taux usuel sur le marché comme n'importe quelle autre institution de libre passage, conformément à l'article 4, alinéa 3, LFLP, autrement dit l'intérêt effectivement produit doit être transmis.

2. Réserves pour raisons de santé
(art. 14 LFLP; art. 3, 11 OLP; art. 331c CO)

Le maintien de la prévoyance rachetée implique également que celle-ci ne doit pas être réduite par une nouvelle réserve émise par la nouvelle institution de prévoyance pour des raisons de santé (art. 14 LFLP). C'est une clé de voûte du maintien de la prévoyance et constitue un progrès considérable par rapport à la pratique actuelle dans le domaine de la prévoyance non obligatoire. Le législateur s'est inspiré ici d'une réglementation analogue dans l'assurance-maladie.

Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, les réserves pour raisons de santé sont exclues par principe. Cette règle n'est pas formulée d'une manière explicite; mais elle découle de la détermination des prestations qui sont définies comme des prestations minimales dont le mode calcul est prescrit par la loi. Ces réserves existent cependant dans la prévoyance non obligatoire. En ce qui concerne la nouvelle réglementation du libre passage, il convient donc de souligner les points suivants:

- Dans le cadre de la prestation de sortie apportée, aucune nouvelle réserve ne peut être émise. Si une réserve a existé dans l'ancienne institution de prévoyance, elle peut être reprise par la nouvelle; mais celle-ci doit alors imputer le temps de réserve déjà écoulé au temps maximal autorisé de cinq ans. Cependant, les conditions de la nouvelle institution de prévoyance sont applicables, le cas échéant, si elles sont plus favorables pour l'assuré (art. 14 LFLP).
- Dans le cadre de la prévoyance rachetée en sus, l'institution de prévoyance peut émettre une réserve. Celle-ci ne peut cependant durer plus de cinq ans (art. 331c CO).

La limitation d'une réserve pour raisons de santé à une durée maximale de cinq ans est valable pour toute entrée dans une institution de prévoyance, c'est-à-dire qu'il est sans importance qu'une personne assurée entre pour la première fois dans une institution de prévoyance ou qu'elle y entre à nouveau après une longue période.

La loi ne contient pas de dispositions détaillées relatives aux critères et aux formes permettant à une institution de prévoyance d'émettre une réserve quant aux risques

de décès et d'invalidité. La liberté d'appréciation de l'institution de prévoyance n'est donc pas restreinte.

Seul le service médical de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente est autorisé à communiquer au service médical de la nouvelle institution de prévoyance les données médicales d'un assuré. Le consentement de l'assuré est cependant nécessaire (art. 3 OLP).

Les dispositions concernant les réserves pour raisons de santé mentionnées dans l'article 14 LFLP ainsi que dans l'article 331c CO visent en premier à assurer un passage en douceur d'une institution de prévoyance à une autre. Elles sont applicables également aux polices de libre passage ainsi qu'aux assurances complémentaires dans les comptes de libre passage (assurances de décès ou d'invalidité) (art. 11 OLP).

182 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1995

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est-à-dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 1995, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1991** doivent être adaptées pour la première fois au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **7,7%**.

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire qui ont été versées pour la première fois au cours des années 1985 à 1990 doivent être adaptées de la manière suivante:

Année du début de la rente	Dernière adaptation	Adaptation au 1er janvier 1995
1985 - 1989	1er janvier 1993	**4,1 %**
1990	1er janvier 1994	**0,6 %**

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes de vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

183 Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP pour 1995

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation de **0,04 pour cent** de la somme des salaires coordonnés que le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP a fixé pour **1995**. Ainsi, le taux de cotisation reste inchangé depuis 1990.

Les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle doivent verser le montant correspondant au fonds de garantie afin que celui-ci puisse assurer les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable ou présente une structure d'âge défavorable.

Le taux de cotisation reste inchangé pour 1995, même si le fonds de garantie LPP assume de nouvelles tâches en raison de l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage.

184 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1995

(art.2, 7, 8 et 46 LPP; art.7 OPP3)

Le 23 novembre 1994, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 95 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1995. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujetissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 940 à 970 francs à partir du 1er janvier 1995, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

a. pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	23'280 fr
- Déduction de coordination(art. 8, al. 1 LPP)	23'280 fr
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	69'840 fr
- D'où salaire coordonné maximum	46'560 fr

- Salaire coordonné minimum (art. 8 al. 2 LPP)	2'910 fr

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1995. Cette publication peut, dès fin décembre 1994, être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3000 Berne.

b. pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a. ci-dessus a pour effet d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP 3)	5'587 fr
- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP 3) jusqu'à 20 % du revenu provenant d'une activité lucrative, au plus	27'936 fr

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N°32

du 21 avril 1995

TABLE DES MATIERES

185 A propos de l'article 5, alinéa 1, lettre c, LFLP
186 Questions sur le libre passage.
187 LFLP: Réserves pour questions de santé
188 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
189 Instruction et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du registre foncier et du droit foncier
190 Correctif
191 Jurisprudence: L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

185 A propos de l'article 5, alinéa 1, lettre c, LFLP

Cette disposition traite du paiement en espèces de la prestation de sortie lorsque le montant de cette dernière est inférieur aux cotisations annuelles de l'assuré. A cet égard, il se pose notamment la question de savoir comment déterminer le montant annuel des cotisations de l'assuré?

Il convient avant tout de rappeler que cette disposition vise essentiellement à éviter le cumul de capitaux insignifiants non susceptibles d'alimenter une rente de retraite. Par rapport à la pratique en cours jusqu'ici (anciens art. 30, al. 1, LPP et 331 c, al. 4, let. a ,CO), le principe reste le même, mais l'ancienne formulation controversée a été modifiée. La modification devrait permettre de sauvegarder davantage les droits de l'assuré en restreignant la notion du montant insignifiant.

Les cotisations sont fixées par les règlements de prévoyance. Pour déterminer le montant annuel des cotisations de l'assuré, il y a lieu de prendre la cotisation effective payée par l'assuré et la convertir en cotisation annuelle, au prorata de cette dernière. L'on procède de la sorte par analogie avec l'article 2 OPP2. Ainsi, pour un assuré qui a cotisé pendant 6 mois à raison d'un montant total de Fr. x, il faudra doubler le montant en question pour obtenir la cotisation annuelle. Cette dernière sera ensuite comparée à la prestation de sortie, calculée selon les articles 15 à 18 LFLP. Si le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel correspondant aux cotisations présumées de l'assuré pour l'année, il faudra verser la prestation de sortie en espèces.

Si l'employeur s'acquitte de l'intégralité ou de la plus grande partie de la cotisation, le montant de la prestation de sortie doit être inférieur au tiers de la cotisation totale, réputée cotisation de l'employé, au sens de l'article 17, alinéa 5, LFLP, pour pouvoir être versé en espèces.

Enfin, s'agissant des prestations de libre passage qui sont encore pendantes dans les institutions de prévoyance, elles sont régies par le nouveau droit en vigueur au 1er janvier 1995. Dès lors, lorsqu'elles représentent un montant insignifiant, elles pourront être versées en espèce.

186 Questions sur le libre passage

1. Est-ce que l'institution de prévoyance peut fonctionner comme institution de libre passage? Sinon que doit-elle faire et qu'en est-il des comptes de libre passage "en suspens" chez elle. Peut-elle verser le montant d'une prestation de sortie non réclamée par l'assuré auprès d'une institution de libre passage de son choix?

L'institution de prévoyance ne peut pas fonctionner comme institution de libre passage. En particulier, elle ne peut pas garder ainsi des comptes de libre passage. Elle ne peut pas non plus les verser à une institution de libre passage de son choix, mais seulement sur indication de l'assuré, au choix de ce dernier. Si l'assuré ne se détermine pas: elle doit effectuer le transfert auprès de l'institution supplétive.

2. Les contributions supplémentaires perçues auprès des assurés et des employeurs au titre de contributions de solidarité pour l'amélioration des pensions des assurés âgés doivent-elles être remboursées au titre de versement minimum au sens de l'art. 17 ?

Toutes les contributions payées par l'assuré doivent lui être remboursées; dès lors les cotisations de solidarité doivent l'être aussi et la caisse qui entend maintenir des contributions sous cette forme doit en trouver un nouveau mode de financement (contributions par l'employeur seul ou par le biais des fonds libres).

3. Les caisses non enregistrées sont-elles tenues de respecter les lois sur le libre passage et l'encouragement au logement, même s'il s'agit de fondations essentiellement patronales ou internationales de prévoyance?

La loi sur le libre passage s'applique à tous les rapports de prévoyance fondés sur un règlement d'institutions de prévoyance de droit public ou privé qui accordent des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Dès lors, même les caisses non enregistrées et les fondations patronales prévoyant de telles prestations sont soumises à la LFLP (art. 1, al. 2, LFLP).

Il se pose la question de savoir si une fondation patronale est tenue d'appliquer la LFEL, et si oui, sur quelle base. Par exemple: une fondation purement patronale (financée uniquement par l'employeur) qui octroie, sur la base d'un règlement, uniquement des prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité (en dehors de la LPP) aux salariés de l'entreprise qui comptent au moins dix ans de travail au sein de l'entreprise et qui ont atteint un certain âge, à l'exclusion de toute autre prestation. Cette fondation doit-elle verser une prestation de libre passage en cas de sortie avant la réalisation du cas de prévoyance et aux conditions de la LFLP et donne-t-elle à l'assuré un droit au prélèvement anticipé pour son logement?

Pour ce qui est du libre passage, et vu le texte clair de l'article 1er de la LFLP, la réponse est oui. Il en est de même pour ce qui est du logement, en vertu de l'article 30a, LFEPL, respectivement de l'article premier de la LFLP et au vu de la jurisprudence du TFA (117 V 214 - cf Bulletin de la prévoyance professionnelle no 23, ch. 143).

En revanche, s'il s'agit d'une institution qui octroie des prestations à titre purement bénévole sans qu'il n'en découle un droit, même conditionnel, pour les assurés, la réponse est non.

4. Droit transitoire: si le congé est donné en 1994 et que l'assuré reprend un emploi en 1995, quel droit s'appliquera?

R. : Pour la sortie de l'institution de prévoyance, il y a lieu d'appliquer la LPP et le CO, ainsi que les règlements de l'institution de prévoyance sur la base du droit en vigueur en 1994. En revanche, s'agissant de l'entrée en 1995 dans la nouvelle institution de prévoyance, on appliquera les dispositions de la LFLP. Ainsi, dans cet ordre d'idées, l'assuré qui quitte une institution à fin décembre 1994 et qui entre dans la nouvelle au début janvier 1995 ne peut plus décider de ne transférer qu'une partie

de la prestation de libre passage à la nouvelle institution et mettre l'autre partie sur un compte bloqué. Il y a lieu toutefois de réserver l'article 13 LFLP.

5. En cas de divorce commencé sous l'empire de l'ancien droit et qui se poursuit sous celui du nouveau droit, notamment quant aux effets matrimoniaux, quel droit appliquer?.

On peut répondre à cette question comme pour la précédente. Seulement, elle soulève quelques difficultés, notamment s'agissant de l'état de la procédure. On pourrait estimer que, si on se trouve encore au stade de la 1ère instance, on appliquerait l'ancien droit, pour éviter de recommencer à nouveau les actes de procédure déroulés compte tenu de l'ancien droit (par exemple: conventions). Par contre, si on passe à l'instance supérieure, sur recours, on peut revoir le tout et appliquer le nouveau droit.
La question est toutefois plus délicate qu'elle n'y parait. Si par exemple, les époux ont obtenu un jugement de séparation sous l'empire de l'ancien droit, avec liquidation du régime matrimonial et des effets patrimoniaux du mariage, mais qu'ils obtiennent un divorce dès 1995, pourra-t-on revoir les décisions prises auparavant? N'y a-t-il pas de risques d'abus de droit? De même en instance supérieure, si les époux ont introduit un recours sous l'empire de l'ancien droit et que le jugement a lieu sous le nouveau droit, qu'en est-il? En particulier si les époux ne contestent pas les effets pécuniaires mais que le recours porte sur une seule question (par ex: garde des enfants, etc.). En principe, il sied de laisser au juge le soin de décider du droit applicable.

187 LFLP: Réserves pour questions de santé

Peut-on prendre en compte dans le calcul du délai de 5 ans fixé à l'article 331c CO la durée des réserves pour raison de santé antérieure à l'entrée en vigueur de la LFLP?

Nous avons exposé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 31, ch. 181, § 2, le fonctionnement de la réglementation concernant les réserves pour raisons de santé contenue à l'article 14 de la loi fédérale sur libre passage (LFLP). Comme nous l'avons vu, cette réglementation protège l'assuré sortant et ne le pénalise pas lorsqu'il entre dans une nouvelle caisse. Elle ne concerne donc pas l'assuré qui demeure dans l'institution de prévoyance. Son statut à l'égard des réserves pour raison de santé est régi par le code des obligations (CO), et, en particulier, par le nouvel article 331c CO.
Selon cette disposition, une institution de prévoyance peut imposer à l'assuré des réserves pour raisons de santé pour une durée de 5 ans au plus. C'est la prévoyance plus étendue qui est visée ici, car dans le cadre du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle (LPP), de telles réserves sont exclues pour les salariés.
La question qui se pose et qui est sujette à controverse est celle de savoir si l'on peut tenir compte ou non, dans le calcul de la durée précitée, des rapports de prévoyance antérieurs au 1er janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de la LFLP. Certains milieux sont d'avis, en se fondant sur les dispositions transitoires de la LFLP, que l'article 331 c CO n'a pas d'effet rétroactif et qu'il y a lieu par conséquent de ne pas tenir compte de la (jurée déjà écoulée des réserves pour raisons de santé. Cette interprétation est, à notre avis, contraire à l'esprit de la loi pour les raisons suivantes:

- Elle aurait pour conséquence que l'assuré qui est déjà au bénéfice d'une durée de réserve avant l'entrée en vigueur de la LFLP serait contraint de tolérer une réserve supplémentaire de 5 ans au plus, ce qui est contradictoire sur le plan de la politique sociale;

- Elle introduirait une inégalité de traitement flagrante entre les assurés qui demeurent dans une institution de prévoyance et ceux qui sortent d'une caisse de pension. Pour ces derniers, en effet, en vertu de l'article 14 LFLP, la durée de réserve pour raisons de santé accomplie antérieurement, à savoir dans l'ancienne caisse de pensions, peut être imputée et l'on ne voit pas pourquoi il devrait ne pas en être de même à l'égard des assurés qui restent. Dans le cas contraire, ces derniers seraient fortement pénalisés et ce n'est certainement pas ce qu'à voulu notre législateur.

- Un représentant de l'office fédéral de la justice justifie la rétroactivité de l'article 331 c CO en appliquant par analogie une disposition transitoire du Titre final du ces qui prévoit que ce dernier s'applique également aux cas qui remontent à une époque antérieure à son entrée en vigueur. Tout en nous ralliant à cet avis, on pourrait aussi se demander dans quelle mesure la non prise en compte de la durée antérieure d'une réserve de santé ne conduirait pas à une violation de l'article 2 CCS en vertu duquel l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Il est évident que ces considérations valent également pour la prévoyance allant en sus de la prévoyance apportée par l'assuré lorsqu'il entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'article 331c CO étant applicable en pareil cas.

188 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

1. Comment, en l'absence de registre foncier, l'institution de prévoyance peut-elle savoir si le versement anticipé servira effectivement à un logement ou s'il n'y a pas de risque de détournement de ces fonds? Quand la caisse est-elle libérée et sur la base de quels documents?

En principe, l'institution peut exiger un document provenant des autorités communales du lieu de situation de l'immeuble ou une attestation de l'institut bancaire ou de financement attestant que le montant réclamé l'est pour un logement. Elle peut demander un acte notarié, notamment dans les Etats comme la France ou l'Italie où cela se fait couramment.

En France, il existe une sorte de registre foncier qui s'appelle "Bureau de conservation des hypothèques", géré par les Départements et qui pourrait attester de l'état de la propriété immobilière d'un assuré.

Par ailleurs, pour s'assurer que le montant du prélèvement anticipé lui soit restitué en cas de vente de la maison ou lorsque l'assuré décède sans héritiers, la caisse peut passer une convention de remboursement avec l'assuré, opposable à ses héritiers.

2. Un assuré invalide ou sur le point de devenir invalide a-t-il droit au versement anticipé?

Non, un assuré reconnu comme totalement invalide au sens de la LPP ou sur le point d'être reconnu comme tel n'a pas droit au versement anticipé. Il peut en effet plus prétendre, tant qu'il demeure invalide, à une prestation de libre passage, laquelle constitue le substrat du versement anticipé. Par contre, les bénéficiaires d'une rente partielle d'invalidité peuvent demander à leur institution le versement anticipé de leur avoir de prévoyance correspondant à leur capacité (partielle) de travail.

3. Une personne assurée peut-elle prétendre à un versement anticipé pour un logement uniquement en propriété de son conjoint?

Un versement anticipé ne peut être octroyé par une institution de prévoyance à un assuré que dans la mesure où ce dernier a un titre de propriété sur le bien immobilier pour lequel le versement en question est sollicité. Cette exigence découle de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL). Un engagement contractuel, quel que soit son contenu (par ex. s'engager à ne pas vendre la maison sans le consentement de la personne assurée sans titre de propriété ou à rembourser immédiatement le montant du versement anticipé à l'institution de prévoyance en cas de vente) et sa forme (notarié ou non), ne saurait en effet présenter la même sûreté pour l'assuré que l'inscription en tant que propriétaire au Registre foncier. De surcroît l'institution de prévoyance ne pourrait pas, en cas d'octroi d'un versement anticipé à un assuré sans titre de propriété obtenir du registre foncier la mention de la restriction du droit d'aliéner afin de garantir le but de prévoyance.

4. Une personne assurée peut-elle amortir dans un premier temps un prêt hypothécaire au moyen d'un versement anticipé et, peu après, augmenter à nouveau le prêt hypothécaire afin d'utiliser les fonds reçus pour acquérir des biens mobiliers par exemple?

En l'occurrence, aucune disposition légale n'interdit expressément à l'assuré, pas plus qu'à la banque auprès de laquelle il a contracté le prêt hypothécaire d'agir de la sorte. Il n'en demeure pas moins que cette façon de procéder est contraire tant à l'esprit qu'au but de la loi et que l'article 15 de l'ordonnance tend précisément, dans une certaine mesure, à prévenir ce genre d'abus.

5. Un étranger ayant un permis B ou C et qui se trouve en Suisse avec toute sa famille peut-il bénéficier d'un versement anticipé pour une maison située à l'étranger, dans son pays d'origine?

Non, car cette maison située à l'étranger ne constitue ni son lieu de domicile ni son lieu de résidence. En revanche, la question est plus délicate si les parents (femme et enfants) de la personne assurée au bénéfice de tels permis sont restées dans le pays d'origine et que cette dernière se rend régulièrement auprès d'eux. On peut considérer, dans ce cas, que le lieu de séjour habituel de cette personne assurée est à l'endroit où vit sa famille et lui verser le montant du versement anticipé pour son logement à l'étranger.

6. Versement anticipé et mise en gage dans le cas d'une maison à logements multiples (sans propriété par étages) - sont-ils autorisés? (art. 2 et 4 OEPL)

L'article 2 OEPL ne cite pas de manière explicite la maison à logements multiples parmi les objets sur lesquels peut porter l'encouragement à la propriété du logement. En conséquence, un versement anticipé est-il autorisé lorsqu'un assuré occupe lui-même un appartement dans la maison à logements multiples (qui n'est pas divisée en propriété par étages) dont il est propriétaire?

Nous considérons que le versement anticipé est admissible pour les motifs suivants (qui sont également valables pour la mise en gage):

- Aux termes de l'article 2, 1er alinéa, OEPL, les objets sur lesquels peut porter l'encouragement à la propriété du logement sont l'appartement ou la maison familiale. La propriété est l'une des formes autorisées de propriété du logement citées dans le même article, 28 alinéa, lettre a. Les conditions permettant le versement anticipé sont ainsi globalement remplies puisque l'assuré occupe lui-même un appartement tout en étant propriétaire (de la totalité de l'immeuble).

- L'article 3, 1er alinéa, de l'ancienne OEPL (RS 831.426.4) abrogée le 31 décembre 1994, définissait comme suit la propriété du logement: « Par propriété du logement de l'assuré, on entend sa maison familiale, son appartement ou sa part de logement dans d'autres bâtiments ». Dans le cas évoqué ici, l'assuré aurait, par conséquent, pu bénéficier d'un versement anticipé en vertu de l'ancien droit. Comme le législateur entendait reprendre l'ancienne définition (cf. Message concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, p. 29), il faut en déduire que le versement anticipé est aussi autorisé selon le nouveau droit.

- L'objet et le but de la loi n'interdisent pas non plus le versement anticipé pour la part habitée par l'assuré lui-même dans une maison à logements multiples; au contraire, l'idée de base de la loi - réduction des frais de logement pour la vieillesse - dicte aussi l'admissibilité du versement anticipé dans de tels cas. Il faut cependant aussi veiller à ce que l'assuré occupe réellement lui-même le logement concerné. II importe également que le versement anticipé ne prenne pas le caractère d'un investissement dans l'immobilier; c'est pourquoi le montant du versement anticipé ne saurait dépasser la valeur du logement qu'occupe l'assuré par rapport à la valeur de l'ensemble de l'immeuble.

La responsabilité de décider si les conditions d'un versement anticipé sont remplies dans le cas d'espèce incombe à l'institution de prévoyance. Elle doit en outre fixer le montant maximal de ce versement, lequel ne peut pas être supérieur à la valeur du logement occupé par l'assuré. Ce dernier devra pour sa part prouver à l'institution de prévoyance la valeur de son logement par rapport à la valeur de l'ensemble de l'immeuble.

189 Instruction et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du registre foncier et du droit foncier

L'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier a, en collaboration avec l'OFAS, édicté le 29 décembre 1994, une instruction sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation conformément à l'article 30e, 1er alinéa LPP et, le 3 mars 1995, une directive complétant cette instruction. L'instruction et la directive s'adressent aux registres fonciers et visent à garantir que la mention s'effectue selon la technique du droit foncier. En même temps, elles fixent les conditions matérielles que les institutions de prévoyance doivent remplir pour annoncer la restriction du droit d'aliéner auprès du registre foncier.

Afin que les institutions de prévoyance aient une meilleure approche de ce domaine qui leur est étranger, l'OFAS s'est résolu à publier le texte de l'instruction et de la directive la complétant dans son bulletin de la prévoyance professionnelle. C'est néanmoins le texte édité par l'office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier qui fait foi.

L'OFAS attire particulièrement l'attention des institutions de prévoyance sur le chiffre 2.6 de l'instruction, où sont énumérées les données que doit contenir la réquisition. Le consentement écrit de l'assuré est notamment exigé en vue de là réquisition de la mention au registre foncier. Dès lors, l'institution de prévoyance doit prendre soin de demander le consentement de la personne assurée afin de requérir la mention de la restriction du droit d'aliéner, comme il est d'usage, lors du versement anticipé.

Mentionnons encore que l'office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier prépare une publication qui indique le registre foncier compétent pour chaque commune suisse. Cette publication pourra être obtenue dans sa nouvelle version, dès la mi-95, auprès de l'OCFIM.

Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Instruction aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation

L'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier,
vu les articles 80, 5e alinéa, et 104a, 1er alinéa, lettre b, de l'ordonnance du 22 février 191 0 sur le registre foncier (teneur du 23.11.1994),
en accord avec l'Office fédéral des assurances sociales,

arrête:

1. Bases et principes

1.1 Le 3 octobre 1994, le Conseil fédéral a mis en vigueur au 1er janvier 1995 la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (RO 1994 2372) et adopté l'ordonnance y relative (OEPL; RS 831.411, RO 1994 2379). La loi n'est pas publiée comme telle dans le RS car elle n'a pour objet que de modifier la LPP (RS 831.40) et le CO (RS22Q).

1.2 Pour encourager la propriété du logement, le nouvel article 30b LPP prévoit que l'assuré peut mettre en gage le droit aux prestations de prévoyance ou un montant à concurrence de sa prestation de libre passage conformément à l'article 331 d CO.

1.3 Conformément aux articles 30c LPP et 331e CO, l'assuré peut, au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse, faire valoir auprès de son institution de prévoyance le droit au versement anticipé d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins.
Le versement anticipé doit être remboursé par l'assuré ou ses héritiers conformément aux articles 30d, 1er alinéa, LPP et 331e, 8e alinéa, CO si le logement en propriété est vendu, que des droits équivalant économiquement à une aliénation soient constitués sur le logement en propriété ou qu'aucune prestation de prévoyance ne soit exigible en cas de décès de l'assuré.
L'assuré peut rembourser en tout temps le montant perçu, conformément aux articles 30d, 2e et 3e alinéas, LPP et 331e, 8e alinéa, CO.

1.4 Selon l'article 2, 1er alinéa, OEPL, les objets sur lesquels peut porter la propriété encouragée par la loi sont l'appartement et la maison familiale; les maisons de vacances et les résidences secondaires ne constituent pas de tels objets.
L'institution de prévoyance examine si les conditions posées pour la propriété du logement sont remplies (cf. aussi art. 10 OEPL). Le conservateur du registre foncier n'écarte que les cas dans lesquels il est manifeste que l'objet ne convient pas à des fins d'habitation (par ex., fabriques ou forêts).
Les formes autorisées de propriété du logement sont la propriété individuelle, la copropriété (notamment la propriété par étages), la propriété commune de la

personne assurée avec son conjoint et le droit de superficie distinct et permanent (art. 2, 2e al., OEPL).

1.5 Pour maintenir les fonds de prévoyance dans le circuit de la prévoyance ainsi que pour garantir le but de la prévoyance, l'article 30e LPP prévoit au 1er alinéa que l'assuré ou ses héritiers ne peuvent vendre le logement en propriété financé par les fonds de la prévoyance que sous réserve de certaines conditions (cf. art. 30d LPP déjà mentionné). Est également considérée comme vente (non forcée), la-cession de droits qui équivalent économiquement à une aliénation. La loi et l'ordonnance ne donnent pas d'exemple de tels droits. Mais on peut penser à un usufruit, à un droit de superficie distinct et permanent, etc.
Selon l'article 30e, 2e alinéa, LPP, cette restriction du droit d'aliéner doit être mentionnée au registre foncier (cf. ch. 2).

1.6 La "restriction du droit d'aliéner selon la LPP" n'est pas une restriction qui porte techniquement sur le droit d'aliéner; elle ne limite pas l'acte d'obligation, mais le pouvoir de disposer.
Que cette restriction ne porte pas sur la conclusion du contrat mais sur le pouvoir de disposer selon les droits réels résulte notamment de l'article 30e, 3e alinéa, lettre d, LPP, en vertu duquel la mention peut être radiée lorsqu'il est établi que le montant investi dans la propriété du logement a été transféré selon l'article 30d LPP à l'institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution de libre passage.

1.7 Si un acte de vente (ou un acte équivalant économiquement à une aliénation), portant sur un immeuble qui fait l'objet d'une mention de restriction du droit d'aliéner selon la LPP, est déposé au registre foncier en vue de l'inscription, le conservateur ne peut inscrire l'acquéreur comme propriétaire que si la mention peut être radiée (cf. ch. 3) ou qu'il s'agisse d'une vente qui n'est pas considérée comme une aliénation au sens de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (cf. ch. 1.8).
La LPP énumère à l'article 30e, 3e alinéa, les cas dans lesquels la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP peut être radiée.

1.8 Le transfert de propriété du logement à un bénéficiaire au sens du droit de la prévoyance n'est pas une aliénation (art. 30e, 1er al., 3e phrase, LPP). Dans ce cas, la mention est maintenue au registre foncier et ne peut pas être radiée.

2. Réquisition concernant la mention en cas de versement anticipé

2.1 Si l'assuré obtient un versement anticipé, l'institution de prévoyance doit requérir lors du versement la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner au sens de l'article 30e, 1er alinéa, LPP (art. 30e, 2e al., LPP).

2.2 L'office du registre foncier compétent est celui du lieu où se trouve le logement en propriété.

2.3 La réquisition concernant la mention peut être présentée soit par l'institution de prévoyance soit par la personne habilitée à dresser des actes authentiques en même temps que la réquisition concernant l'acte d'acquisition.

2.4 Le conservateur délivre à l'institution de prévoyance qui en fait la demande par écrit une attestation certifiant que la restriction du droit d'aliéner selon la LPP est mentionnée au registre foncier. Dans ce cas, il est recommandé d'envoyer la réquisition en double, de manière que l'attestation puisse se faire sur le double.

2.5 La réquisition concernant la mention implique que l'assuré soit déjà propriétaire (individuel, copropriétaire ou propriétaire en main commune) du logement pour le financement duquel il a obtenu un versement anticipé, c'est-à-dire que l'inscription concernant l'acte d'acquisition de l'assuré soit déjà requise au registre foncier.
En outre, la personne désignée comme propriétaire dans la réquisition concernant la mention et l'objet qui lui appartient en propriété doivent être identiques respectivement à la personne inscrite au registre foncier et à l'objet dont elle est propriétaire.
Si l'une de ces conditions fait défaut, le conservateur rejette la réquisition.

2.6 La réquisition doit contenir au moins les données suivantes:

2.61 L'adresse de l'office du registre foncier compétent.

2.62 L'identification précise de l'immeuble concerné (désignation de la commune ou de l'arrondissement communal et numéro de l'immeuble; art. 1a, 1er al., ORF) ainsi que, en cas de copropriété, la désignation de la part concernée lorsque les parts ne sont pas immatriculées comme immeubles (c'est-à-dire qu'elles n'ont pas reçu de feuillet séparé au grand livre; art. 31, 1er al., let. e, ORF).

2.63 L'identification précise du propriétaire (nom, prénom, date de naissance; art. 13a ORF) ainsi que son adresse (art. 108, 4e aL, ORF). En cas de propriété commune avec le conjoint, les données personnelles relatives à ce dernier doivent aussi être précisées.

2.64 Le consentement écrit de l'assuré propriétaire en vue de la réquisition concernant la mention au registre foncier ainsi que, le cas échéant, le consentement de son conjoint en cas de propriété commune avec lui.
Le consentement peut aussi figurer sur un acte séparé (en original ou en copie).

2.65 Le nom (raison sociale) et l'adresse de l'institution de prévoyance requérante (éventuellement de son représentant).

2.66 La signature de l'institution de prévoyance.
Le conservateur ne doit pas vérifier si, dans les rapports internes, le signataire a le droit de signature.

2.67 La réquisition proprement dite de l'institution de prévoyance concernant la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP.

2.7 Le conservateur mentionne la restriction du droit d'aliéner au registre foncier par un mot-clé, par exemple "Restriction du droit d'aliéner selon la LPP", et indique la référence à la pièce justificative.

2.8 En cas de copropriété, la restriction du droit d'aliéner selon la LPP n'est mentionnée que sur la part de copropriété concernée.
Si l'assuré est propriétaire en main commune avec son conjoint (les autres cas de propriété commune ne sont pas admis dans ce contexte), la restriction du droit d'aliéner selon la LPP doit être mentionnée pour l'objet entier.

3. Radiation de la restriction du droit d'aliéner en cas de versement anticipé

3.1 La mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP est radiée à la demande de l'assuré, de ses héritierS ou des bénéficiaires au sens du droit de la prévoyance qui ont acquis l'immeuble, lorsque l'une des conditions prévues à l'article 30e, 3e alinéa, LPP est remplie.

3.2 Le consentement écrit de l'institution de prévoyance est en principe nécessaire pour requérir la radiation (art. 61, 2e al., et 78 ORF). Si cette institution de prévoyance n'est pas celle qui a requis la mention de la restriction du droit d'aliéner, elle devra confirmer qu'elle en est l'ayant cause directe ou indirecte.
Dans le cas prévu à l'article 30e, 3e alinéa, lettre a, LPP, en particulier, le consentement de l'institution de prévoyance en vue de la radiation peut être remplacé par tout acte prouvant que les conditions de la radiation sont remplies.
Si la déclaration écrite de l'institution de prévoyance ou tout acte probant font défaut, le conservateur rejette la réquisition.

4. Réglementation spéciale de la mention en cas de réalisation du gage grevant l'avoir de prévoyance (art. 3Ob LPP, art. 331d, 6e al., CO)

4.1 En principe les prescriptions concernant le versement anticipé sont applicables sous réserve des particularités suivantes:

4.2 La mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP implique que l'assuré est propriétaire d'un objet sur lequel la propriété d'un logement peut porter (art. 2 OEPL).

4.3 Si le consentement du propriétaire fait défaut, l'institution de prévoyance peut produire à sa place les actes constitutifs du gage et l'attestation concernant la réalisation du gage (art. 30e, 2e al., LPP).

5. Disposition finale

La présente instruction entre en vigueur le 1er janvier1995.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Office chargé du droit du registre foncier et du droit foncier
Le Chef : M. Müller

3003 Berne, le 29 décembre 1994

Directive complétant
l'instruction aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation selon la LPP de décembre 1994

Depuis la publication de notre Instruction du 29 décembre 1994, la pratique a fait surgir de nouveaux problèmes; en outre, des incertitudes subsistent quant à l'application de la mention de la restriction du droit d'aliéner. C'est pourquoi nous complétons l'instruction ou directive mentionnée de la manière suivante.

1. Objectif du législateur

En révisant la LPP, le législateur a clairement voulu "alléger financièrement l'accession des personnes assurées dans le 2e pilier à la propriété d'un logement pour leurs propres besoins" (FF 1992 VI p. 238). Dès lors il ne faut pas que des dépenses administratives et un formalisme inutiles de la part des offices du registre foncier viennent entraver la mise en oeuvre de cet objectif légal. Le législateur a sciemment renoncé à faire garantir le versement anticipé lui-même par un droit de gage et il a choisi la voie de la mention, plus simple administrativement et meilleur marché.

2. Remarques concernant la réquisition de mention

- Comme il ne s'agit pas d'un droit de gage, la réquisition ne doit indiquer ni le montant du versement anticipé ni sa date. Seule l'institution de prévoyance examine si et, le cas échéant, dans quelle mesure un versement anticipé peut être fait, et si ce versement est utilisé conformément aux objectifs légaux. En plus de cet examen matériel, elle a aussi pour tâche de renseigner les intéressés sur les avantages et les inconvénients du versement anticipé (conséquences fiscales, conclusion d'une assurance complémentaire, etc.). Le registre foncier n'a qu'un devoir d'examen formel et limité.

- Il n'y a pas lieu d'examiner le droit de signature dans les rapports internes de l'institution de prévoyance qui requiert la mention (cf. ch. 2.66 de notre Instruction).

- La signature de l'assuré propriétaire qui demande le versement anticipé n'a pas besoin d'être légalisée; le risque d'abus ou de dommages en résultant est en effet très faible.

- L'utilisation d'une formule n'est pas obligatoire; la réquisition n'a donc pas besoin, le cas échéant, d'être présentée sur la formule de mention mise à la disposition des intéressés par l'office du registre foncier. Il suffit que les données nécessaires à la réquisition (cf. ch. 2.6 de notre Instruction) soient présentées clairement et distinctement.

- La réquisition ne doit pas être désignée expressément comme telle. Il suffit de demander la mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP par un texte approprié.

- Si l'immeuble est en propriété commune, il n'y a lieu de mentionner la restriction du droit d'aliéner que s'il s'agit d'une propriété commune entre conjoints (cf. ch.

2.5 de notre Instruction). Les rapports de droit fondant la communauté (société simple, régime matrimonial ne sont pas déterminants. Il convient de rejeter la réquisition dans les autres cas de propriété commune (y compris l'indivision selon l'art. 336 CC). Les concubins doivent constituer une copropriété pour permettre la mention de la restriction du droit d'aliéner sur la part de copropriété de l'assuré. Par ailleurs, la mention de la restriction du droit d'aliéner n'empêche pas l'inscription ultérieure d'une succession (constitution de la propriété commune entre personnes qui ne sont pas mariées entre elles).

- Le conservateur du registre foncier mentionne la restriction du droit d'aliéner par le mot-clé de son choix (cf. ch. 2.7 de notre Instruction), indépendamment de la formulation utilisée par l'institution de prévoyance. Le nom de l'institution de prévoyance n'est pas mentionné. Il n'y a pas d'avis au sens de l'article 969 CC aux créanciers gagistes, car il ne s'agit pas d'une décision du registre foncier.

3. Institutions de libre passage

Les réquisitions produites par les banques soulèvent un problème particulier.

Comme "institutions de prévoyance" au sens de la LPP on entend:

- Toutes les institutions qui sont inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle.

- Toutes les fondations de prévoyance en faveur du personnel qui promettent des prestations fixées par voie réglementaire.

- Toutes les institutions auprès desquelles peuvent être constitués des polices ou des comptes de libre passage (c'est-à-dire sociétés d'assurances sur la vie ou fondations de libre passage des banques).
  (Cf. art. 308 LPP).

Ainsi faut-il aussi mentionner une restriction du droit d'aliéner selon la LPP dans les cas où les fonds employés pour l'encouragement à la propriété du logement proviennent des institutions de libre passage. S'il s'agit de versements provenant de comptes de libre passage, ce n'est pas la banque comme telle, mais sa fondation de libre passage qui doit requérir la mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP. Cela signifie que le conservateur doit rejeter la réquisition d'une banque qui n'agit pas au nom de la fondation de libre passage.

Toutefois, il existe aujourd'hui des banques cantonales qui gèrent des comptes de libre passage sans passer par une fondation. Mais il s'agit d'une situation dé droit transitoire puisque ces institutions sont tenues de placer ces comptes dans une fondation jusqu'à la fin de 1995 au plus tard. En conséquence l'office du registre foncier doit trancher de cas en cas.

4. Remboursement

Si le versement anticipé est utilisé pour rembourser des dettes hypothécaires, ces remboursements peuvent être portés sur le titre, à la demande écrite du débiteur (cela signifie que le registre foncier ne doit agir que s'il y a une demande

correspondante), et inscrits dans la rubrique des observations relatives aux droits de gage (art. 874 CC et art. 67 ORF).

5. Remarque concernant la radiation de la mention

Au chiffre 3.2 de notre Instruction de décembre 1994, il est précisé que, dans le cas prévu à l'article 30e, 3e alinéa, lettre a, LPP, la preuve que les conditions de la radiation sont remplies peut aussi être apportée par tout acte probant. Cette preuve est également rapportée lorsque l'institution de prévoyance fait par écrit une déclaration correspondante ou qu'elle ressort du règlement de l'institution de prévoyance.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Office chargé du droit du registre foncier et du droit foncier
Le Chef:

M. Müller

190 Correctif à la brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: tableaux et exemples d'application pour l'année 1995"

Dans la brochure susmentionnée (no OCFIM 318.762.95 f) les montants de la valeur-limite inférieure du tableau 2 (p. 5/6) pour l'année 1995 de fr.142.- sont à remplacer par fr.140.50.
Dans l'entête du même tableau il faut remplacer l'année de référence 1994 par 1995 (jan.-juin 1995 et juillet-déc. 1995).

Jurisprudence

191 L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage

(Référence à un arrêt du TFA, du 29.12.1994, en la cause M. B.)
(Art. 13 al. 1et 2, art. 27 al. 2 LPP, art. 331b al. 1 CO)

Lorsque l'assuré quitte son emploi à un moment où sa caisse de pension prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il n'a droit qu'aux prestations de vieillesse. Même s'il a l'intention de transférer définitivement son domicile à l'étranger, il n'a pas le choix entre la rente et le versement en espèces. Cette jurisprudence du TFA ne permet pas à l'assuré de choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage, et ceci indépendamment du fait que la personne concernée a réellement l'intention de prendre sa retraite, qu'elle souhaite éventuellement exercer une autre activité lucrative ou qu'elle quitte définitivement la Suisse.

Le TFA motive sa décision de la manière suivante:

Pour les institutions de prévoyance qui envisagent la possibilité d'une retraite anticipée, il faut entendre par survenance du cas d'assurance aux termes de l'art. 27 al. 2 LPP (valable jusqu'au 31.12.1994) non pas le moment où la limite d'âge légale de 65/62 ans est atteinte conformément à l'art. 13 al. 1 LPP, mais le moment où l'assuré atteint la limite d'âge réglementaire pour la retraite anticipée. Par conséquent, il n'existe plus de droit à la prestation de libre passage, subsidiaire par rapport aux prestations de vieillesse, lorsque le contrat de travail est résilié à un âge où le droit aux prestations de vieillesse prend déjà naissance, ne serait-ce qu'au sens d'une retraite anticipée. Cette disposition est applicable non seulement dans le domaine de la LPP, mais aussi dans la prévoyance étendue.

Dans le domaine obligatoire, les caisses de pension peuvent prévoir, conformément à l'art. 13 al. 2 LPP, des dispositions réglementaires selon lesquelles le droit aux prestations de vieillesse prend naissance au moment où se termine l'activité lucrative. Ce moment concerne, suivant cette disposition de la loi, l'activité lucrative concrète aux termes du contrat de travail conclu avec l'employeur, et non pas toute autre activité lucrative future. Pour cette raison, n'est pas déterminant le fait que l'assuré prend effectivement sa retraite, qu'il continue d'exercer une activité lucrative ou qu'il quitte définitivement la Suisse, après que le rapport de travail a pris fin.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 33

du 12 juin 1995

TABLE DES MATIERES

192 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

193 Circulaires nos 22 et 23 de l'administration fédérale des contributions

194 Informations internes (biffé)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

192 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

L'institution de prévoyance peut-elle imputer individuellement à l'assuré les frais administratifs liés au versement anticipé ou à la mise en gage?

Aux termes de l'art. 49, 1er al., LPP, les institutions de prévoyance peuvent, dans les limites de ladite loi, adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent. Il y a lieu de tenir compte du cadre légal suivant: .

Le 2e pilier est fondé sur les **principes de parité, de collectivité et de solidarité.** Il en découle notamment que les frais administratifs généraux, tels que les frais liés au versement de prestations, doivent être supportés de manière paritaire par l'employeur et les salariés ainsi que collectivement par l'ensemble des assurés (art. 66, 1er al., LPP) et ne doivent pas être imputés individuellement à l'assuré.

Le même raisonnement vaut pour les frais administratifs liés au versement anticipé ou à la mise en gage, puisque ces opérations sont des formes de prestations prévues par la loi, au même titre que le versement de rentes ou d'un capital, le paiement en espèces et le versement de prestations de libre passage. L'OFAS estime par conséquent qu'il n'est pas admissible d'imputer ces frais administratifs individuellement à l'assuré **lorsque celui-ci a fourni toutes les pièces nécessaires et que l'IP n'a pas à procéder à d'importantes vérifications supplémentaires.**

D'un autre côté, seul l'assuré qui en fait la demande profite du versement anticipé ou de la mise en gage. C'est pourquoi, en cas de vérifications inhabituelles et compliquées à opérer ou lorsque d'autres démarches exceptionnelles de la part de l'institution de prévoyance s'avèrent nécessaires, le **principe de causalité** doit primer les principes de solidarité et de collectivité. Il en découle, concrètement, que la part des frais administratifs résultant du versement anticipé ou de la mise en gage qui dépasse le montant usuel des frais de traitement d'une demande ordinaire peut, en vertu des principes de la couverture des frais et d'équivalence, applicables par analogie, être imputée individuellement à l'assuré.

Exemples:
- s'agissant de la garantie: vérifications à opérer lorsque l'assuré qui demande un versement anticipé ou procède à une mise en gage a son domicile à l'étranger;
- vérifications concernant le domicile ou le lieu de résidence ou le titre de propriété de l'assuré, si celui-ci ne fournit pas lui-même les justificatifs normalement requis;
- plusieurs variantes de calcul des lacunes de prestations (variantes en rapport avec le montant du salaire assuré, le montant du versement anticipé, le moment du versement anticipé, le taux d'occupation, etc.).

Ces exemples servent simplement à illustrer le problème et ne sont nullement exhaustifs. Seuls ces frais effectifs extraordinaires peuvent être mis à la charge de l'assuré; il est néanmoins possible, pour des raisons pratiques, de fixer un montant forfaitaire pour les demandes d'un même type. Dans tous les cas, l'imputation de ces frais à l'assuré nécessite, comme condition formelle, une **base réglementaire**.

Remarques générales:

Les frais d'**inscription au registre foncier** incombent à l'assuré; dans ce cas, il ne s'agit pas de frais administratifs de l'institution de prévoyance, mais bien de frais consécutifs au versement anticipé demandé par l'assuré lui-même.

L'**imputation** des frais administratifs extraordinaires sur le versement anticipé ou le substrat du gage n'est pas admissible pour deux raisons: premièrement, la prestation de prévoyance doit être entièrement destinée au logement habité par le propriétaire (c'est pourquoi les impôts ne peuvent pas non plus être réglés par le versement anticipé); deuxièmement, la prestation doit être versée au vendeur, à l'entrepreneur ou au prêteur, et non pas à l'assuré (cf. art. 6, 3^{e} al., OEPL). Il n'est pas non plus admissible de faire dépendre le traitement d'une demande d'un acompte de l'assuré; il s'agirait en l'occurrence d'une condition supplémentaire non prévue par la loi.

La présente information constitue un **avis exprimé par l'office** afin de préciser le commentaire concernant l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (cf. bulletin n° 30, p.28); elle ne saurait avoir d'effet préjudiciel lors d'une éventuelle procédure judiciaire.

193 Circulaires nos 22 et 23 de l'administration fédérale des contributions

L'administration fédérale des contributions a élaboré la circulaire no. 22 du 4 mai 1995 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ainsi que la circulaire no. 23 du 5 mai 1995 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

Ces deux circulaires concernent les retombées fiscales des deux nouvelles lois fédérales. Afin que les institutions de prévoyance et de libre passage soient renseignées dans les meilleurs délais, l'OFAS a décidé de les publier dans le bulletin LPP. Toutefois, le texte qui fait foi est la version éditée par l'administration fédérale des contributions.

Impôt fédéral direct **Période fiscale 1995/96**

ADMINISTRATION FEDERALE
DES CONTRIBUTIONS
Division principale
de l'impôt fédéral direct

Berne, le 4 mai 1995

Aux administrations cantonales
de l'impôt fédéral direct

Circulaire no 22

Libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

I. Généralités

Le 1er janvier 1995, la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité est entrée en vigueur (loi fédérale du 17.12.1993 sur le libre passage; LFLP RS 831.42). Le Conseil fédéral a également fixé l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP; RS 831.425) pour cette même date.
La présente circulaire a pour but de définir les répercussions de la loi et de l'ordonnance mentionnées ci-dessus dans le domaine fiscal.

II. Libre cassage

1. But et contenu

La nouvelle loi sur le libre passage règle, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, les prétentions des assurés en cas de libre passage. Un cas de libre passage se réalise lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 2, 1er al., LFLP), ce qui lui donne alors droit à une prestation de sortie. L'ordonnance sur la LFLP règle, en particulier, le maintien de la prévoyance lorsque l'assuré quitte son ancienne institution de prévoyance, sans entrer immédiatement dans une nouvelle institution. Le maintien de la prévoyance est assuré par une police de libre passage ou par un compte de libre passage.

Quand l'institution de prévoyance prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, le cas de prévoyance ne débute pas lorsque l'âge limite réglementaire est atteint (par ex. 62 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes), mais dès le moment où l'assuré a dénoncé son rapport de travail, pour autant que la résiliation du contrat de travail intervienne à un âge donnant droit, conformément aux dispositions réglementaires, aux prestations de vieillesse. Ainsi, il est patent qu'une retraite anticipée réglementaire ne constitue pas un cas de libre passage et c'est pourquoi le capital vieillesse ne peut pas être réinvesti sous forme de libre passage. Cela est également valable lorsque, par la suite, l'assuré prend une nouvelle activité lucrative (cf. Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 29.12.1994, sera publié).

Depuis le 1er janvier 1995, la règle veut qu'une prestation de sortie (prestation de libre passage) passe de l'ancienne caisse à l'institution de prévoyance du nouvel employeur. Le transfert de la prestation de sortie sur une police de libre passage ou sur un compte de libre passage n'est licite que si l'assuré n'entre pas dans une nouvelle institution de prévoyance. Cela pourrait être le cas lorsque l'assuré n'a pas de nouvel employeur en Suisse, qu'il prend une activité lucrative indépendante, qu'il quitte définitivement la Suisse ou enfin lorsque le salaire soumis à l'AVS est inférieur au salaire minimum annuel de la LPP et n'est pas assuré. Si la nouvelle institution de prévoyance n'a pas besoin de la totalité de la prestation de sortie qui lui a été transférée pour le rachat de l'assuré dans son institution afin qu'il soit au bénéfice des prestations intégrales réglementaires, la différence en résultant peut également être placée dans une institution de libre passage.

Lorsque l'institution de prévoyance ou l'institution de libre passage verse la prestation de sortie en espèces, le maintien de la prévoyance n'est plus assuré. Par conséquent, la prestation effectuée en espèces ne peut plus, par la suite, être versée sur un compte de libre passage (nouveau ou déjà existant) ni sur une police de libre passage. Un remboursement du montant n'est, contrairement aux dispositions de l'article 24, lettre c, UFD, pas admis, sauf dans le cas où il y aurait une obligation de remboursement conformément à l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL).

2. Répercussions fiscales

2.1 Transfert de la prestation de sortie dans la nouvelle institution de prévoyance ou dans une institution de libre passage

Lorsque la prestation de sortie (prestation de libre passage) est transférée à l'institution de prévoyance d'un nouvel employeur, sur une police de libre passage ou sur un compte de libre passage, il s'agit là de mouvements neutres qui n'ont pas d'effet sur le plan fiscal. L'avoir de prévoyance reste lié, comme auparavant, au deuxième pilier et le preneur d'assurance se voit privé du droit d'en disposer, ce qui justifie le fait qu'on renonce à l'imposition.

2.2 Rachat d'années d'assurance en cas d'existence de polices et de comptes de libre passage

Lors du rachat dans une institution de prévoyance, on utilisera tout d'abord les prestations de sortie de la dernière institution de prévoyance ainsi que d'éventuelles polices ou comptes de libre passage. Cela signifie que les montants versés pour le rachat d'années d'assurance rie pourront être déduits du revenu imposable selon l'article 205 LlFD, par analogie à l'article 3, 1er alinéa, LFLP, que dans la mesure où les moyens mis en oeuvre pour ce rachat, y compris les polices et comptes de libre passage, ne permettent pas d'obtenir les prestations de prévoyance réglementaires maximales autorisées. A la demande des autorités fiscales, le contribuable doit donner des renseignements sur tous ses avoirs de prévoyance.

2.3 Paiement de l'avoir de prévoyance

Si le paiement de l'avoir de prévoyance est effectué, soit parce qu'un cas de prévoyance est réalisé (vieillesse, mort, invalidité), soit parce qu'il s'agit d'un cas de paiement en espèces (par ex. lors d'un départ de Suisse,. lorsqu'un assuré commence à exercer une activité lucrative indépendante ou lors d'un retrait anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement), cet avoir sera imposé.

L'avoir de prévoyance ainsi versé sera soumis à un impôt annuel entier dans le cadre de l'imposition ordinaire selon l'article 38 LIFD ou alors, si le destinataire de l'avoir de prévoyance est domicilié à l'étranger (par ex. les frontaliers), il sera soumis â l'impôt à la source selon l'article 96 LIFD. L'impôt annuel est calculé sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes inscrits à l'article 36 LIFD (également dans les cantons appliquant la taxation annuelle) et il est fixé pour l'année fiscale au cours de laquelle la prestation en capital correspondante a été acquise (c'est-à-dire versée ou créditée) conformément à l'article 48 LIFD.

L'imposition à la source est effectuée selon les dispositions correspondantes de l'ordonnance sur l'imposition à la source dans le cadre de l'impôt fédéral direct (RS 642.118.2). Selon l'article 11 de cette ordonnance, nonobstant les règles du droit international, les prestations de prévoyance sont toujours soumises à l'impôt à la source; ce dernier peut toutefois être remboursé lorsque certaines conditions sont remplies (par ex. lorsque le bénéficiaire de la prestation en capital présente une attestation de l'autorité fiscale compétente de l'autre Etat contractant, certifiant qu'elle a connaissance du versement de ce capital). Les taux applicables en matière d'impôt à la source sont fixés à l'article 3 de l'appendice à l'ordonnance sur l'imposition à la source et sont intégrés dans les barèmes cantonaux d'impôt à la source.

Les dispositions de l'article 204 LIFD s'appliquent aussi bien dans le cadre de la taxation ordinaire que dans celui de l'imposition à la source. En conséquence, les rentes et les prestations en capital qui commencent à courir ou deviennent exigibles avant le 31 décembre 2001 et qui reposent sur un rapport de prévoyance existant avant 1987, ne sont, en règle générale, imposables qu'à raison de 80 pour cent (abattement déjà pris en considération dans les barèmes de l'impôt à la source).

Il faut toutefois observer qu'un prélèvement par "tranches" n'a pas d'incidence sur le plan fiscal. En effet, lorsqu'un tel cas de prévoyance survient ou que les conditions pour un paiement en espèces sont réalisées (avec demande de paiement en espèces), l'imposition se fera de toute façon sur l'ensemble de l'avoir de prévoyance (sauf lors d'un retrait anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, où seule la somme versée est imposée).

III. Renseignements

Les questions se rapportant aux répercussions fiscales de la LFLP peuvent être adressées à l'Administration fédérale des contributions, section d'information, Eigerstrasse 65, 3003 Berne.

Le chef de la division principale
Samuel Tanner

Impôt fédéral direct **Période fiscale 1995/96**

ADMINISTRATION FEDERALE
DES CONTRIBUTIONS
Division principale
de l'impôt fédéral direct

Berne, le 5 mai 1995

Aux administrations cantonales
de l'impôt fédéral direct

Circulaire no 23

Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

1. Généralités

Le 1er janvier 1995, la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (en tant que révision partielle de la LPP et du CO) est entrée en vigueur. Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de l'ordonnance y relative du 3 octobre 1994 pour cette même date (OEPL; RS 831.411).

La présente circulaire a pour but de commenter les répercussions de la loi et de l'ordonnance mentionnées ci-dessus dans le domaine fiscal.

II. Encouragement à la propriété du logement au moyen du 2ème pilier

1. But et contenu

Les personnes assurées auprès d'une caisse de pension peuvent dorénavant utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle pour encourager l'accession à la propriété du logement, à condition que ce dernier soit utilisé pour leurs propres besoins. Par propres besoins, on entend l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel. Ces conditions sont les mêmes en cas de domicile à l'étranger (frontaliers). L'encouragement à la propriété du logement donne aux assurés deux possibilités: le versement anticipé de l'avoir de prévoyance d'une part ou la mise en gage de cet avoir ou des droits aux prestations de prévoyance futures d'autre part. Les capitaux de prévoyance peuvent être investis pour l'acquisition du logement en propriété, de participations à la propriété du logement (par ex. acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation) ainsi que pour l'amortissement de dettes hypothécaires déjà existantes.

C'est le droit individuel de l'assuré à une prestation de libre passage qui détermine le principe et le montant du versement anticipé. Pour ce qui est du montant de cette prestation, il y a cependant des limitations: dans chaque cas, l'assuré ne peut revendiquer que la somme correspondant aux prestations de libre passage telles qu'elles se présentent au moment de la demande (limitation relative). De cette manière, les personnes assurées qui ont plus de 50 ans peuvent obtenir à titre de

versement anticipé au maximum la totalité de la prestation de libre passage à laquelle ils avaient droit à l'âge de 50 ans ou la moitié de la prestation de libre passage à laquelle ils ont droit au moment du versement (limitation absolue). La même limitation est applicable dans le cas de la mise en gage de l'avoir de prévoyance.

La demande de versement anticipé peut être présentée à l'institution de prévoyance au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse (cf. art. 13, 2ème al., LPP). Le versement anticipé est encore soumis à d'autres restrictions: le montant d'un remboursement doit être au minimum de 20'000 francs et un versement anticipé ne peut être demandé que tous les cinq ans.

Chaque versement anticipé entraîne une réduction des droits aux prestations futures de prévoyance. La mise en gage, en revanche, n'a pas cette conséquence.

(en ce qui concerne le chiffre 1 ci-dessus, cf. les art. 1 à 5 OEPL)

2. Répercussions fiscales du retrait anticipé

2.1 Imposition

L'ensemble de l'avoir de prévoyance qui a été retiré par anticipation est soumis d'ordinaire, au moment du retrait, en tant que prestation en capital provenant de la prévoyance, à un impôt annuel entier selon l'article 38 LIFD, ou alors si le destinataire de l'avoir de prévoyance est domicilié à l'étranger (par ex. les frontaliers), à l'impôt à la source selon l'article 96 LIFD. L'impôt annuel est calculé sur la base de taux représentant le cinquième des barèmes inscrits à l'article 36 LIFD (également dans les cantons appliquant la taxation annuelle) et il est fixé pour l'année fiscale au cours de laquelle la prestation en capital en question a été touchée (art. 48 LIFD).

L'imposition à la source est effectuée selon les dispositions topiques de l'ordonnance sur l'imposition à la source dans le cadre de l'impôt fédéral direct (RS 642.118.2). Selon l'article 11 de cette ordonnance, nonobstant les règles du droit international, les prestations de prévoyance sont toujours soumises à l'impôt à la source; ce dernier peut toutefois être remboursé lorsque certaines conditions sont remplies (par ex. lorsque le bénéficiaire de la prestation en capital présente une attestation de l'autorité fiscale compétente de l'autre Etat contractant, certifiant qu'elle a connaissance du versement de ce capital). Les taux applicables en matière d'impôt à la source sont fixés à l'article 3 de l'appendice à l'ordonnance sur l'imposition à la source et sont intégrés dans les barèmes cantonaux relatifs à cet impôt.

Les dispositions de l'article 204 LIFD s'appliquent aussi bien dans le cadre de la taxation ordinaire que dans celui de l'imposition à la source. Par conséquent, les rentes et les prestations en capital qui commencent à courir ou deviennent exigibles avant le 31 décembre 2001 et qui reposent sur un rapport de prévoyance existant avant 1987, ne sont, en règle générale, imposables qu'à raison de 80 pour cent (déjà pris en considération dans les barèmes de l'impôt à la source).

2.2 Rachat d'années d'assurance lorsqu'il y a eu retrait anticipé

Les rachats d'années d'assurance sont en principe également déductibles, aux conditions fixées par l'article 205 LIFD, même en cas de retrait anticipé; il n'est donc pas nécessaire que la part de l'avoir de prévoyance retirée par anticipation soit remboursée à l'institution de prévoyance avant qu'intervienne un rachat d'années d'assurance. De toute manière, des rachats d'années d'assurances ne peuvent être effectués et déduits du revenu imposable que dans la mesuré où, ajoutés aux versements anticipés, ils ne dépassent pas les prestations de prévoyance maximales prévues par le règlement (art. 14, 1er al., OEPL).

2.3 Remboursement du versement anticipé

Le remboursement du versement anticipé - qu'il se fasse obligatoirement ou facultativement pour les raisons indiquées par la loi (art. 30d, 1er al., LPP) - donne à la personne assurée le droit au remboursement des impôts payés dans le passé à la Confédération, au canton et à la commune, ceci sans intérêt. Par voie de conséquence, le remboursement du versement anticipé ne peut pas être porté en déduction du revenu imposable. Le droit au remboursement des impôts payés s'éteint dans les trois ans à compter du remboursement du versement anticipé (art. 83a, 2e et 3e al., LPP).

En ce qui concerne le remboursement des impôts, une demande écrite doit être faite à l'autorité fiscale qui a, à l'époque, prélevé l'impôt. Il faut chaque fois joindre à cette demande des attestations sur:

- le remboursement, pour lequel il faut utiliser le formulaire (formulaire WEF) de l'Administration fédérale des contributions (AFC) (art. 7, 3e al, OEPL);

- le capital de prévoyance investi dans la propriété du logement (avec un extrait du registre de l'AFC);

- le montant des impôts payés à la Confédération, au canton et à la commune (art. 14, 3e al., OEPL).

Lorsque plusieurs versements anticipés ont été octroyés puis remboursés, les montants payés à titre d'impôt sont restitués dans l'ordre où les versements anticipés ont été effectués, autrement dit, dans le cas où plusieurs versements anticipés ont été faits, un remboursement conduit à l'amortissement du plus ancien versement anticipé et ainsi de suite. Il en va nécessairement de même de la restitution des montants payés à titre d'impôt. En cas de remboursement partiel du versement anticipé, le montant de l'impôt perçu sera restitué proportionnellement au paiement anticipé.

Par ailleurs, on ne saurait se réclamer des mesures d'encouragement à la propriété du logement au moyen du 2ème pilier pour demander la récupération d'un impôt étranger qui aurait le cas échéant dû être payé (cf. ch. 2.1 ci-dessus), car ces mesures relèvent du droit interne.

2.4 Assurance complémentaire

La diminution de la couverture des risques décès et d'invalidité qui résulte d'un prélèvement anticipé peut être compensée par une assurance complémentaire (art. 30c, 4e al., LPP):

La question de savoir si les primes d'une assurance complémentaire peuvent être déduites du revenu et dans quelles mesures elles peuvent l'être dépend de la façon dont le contrat d'assurance a été aménagé.

Une institution de prévoyance du 2ème pilier doit respecter de la prévoyance professionnelle (collectivité, solidarité, planification et adéquation), si elle ne veut pas mettre en péril l'avantage de l'exonération dont elle bénéficie. Toutefois, du point de vue fiscal, l'assurance complémentaire est du domaine de la prévoyance individuelle.

Une institution de prévoyance peut aussi s'entremettre dans la conclusion d'assurances complémentaires. En pareille hypothèse, deux possibilités sont offertes, celle de la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ou celle de la prévoyance individuelle libre (pilier 3b). La déductibilité des cotisations varie en fonction de la forme de prévoyance choisie (art. 33, 1er al., let. e et g, LIFD).

3. Incidences fiscales de la mise en gage

3.1 La mise en gage proprement dite

La: mise en gage n'entraîne en tant que telle aucune répercussion fiscale directe, puisqu'elle ne donne pas le pouvoir de disposer de l'avoir de prévoyance ni d'une partie de celui-ci.

3.2 Réalisation du gage

En revanche, la réalisation de l'avoir mis en gage entraîne les mêmes répercussions fiscales qu'un versement anticipé: le produit de la réalisation du gage est imposable selon les mêmes dispositions applicables au versement anticipé. Par voie de conséquence, une réalisation de gage n'empêche pas un remboursement ultérieur ni la récupération de l'impôt payé, comme dans le cas d'un versement anticipé.

4. Obligations des institutions de prévoyance

4.1 A l'égard de la personne assurée

L'institution de prévoyance doit attester à l'intention de la personne assurée le remboursement du versement anticipé, sur le formulaire WEF établi par l'AFC (art. 7, 3ème al., OEPL).

4.2 A l'égard de l'Administration fédérale des contributions

L'institution de prévoyance annonce spontanément dans les 30 jours à l'AFC (section d'information), au moyen du formulaire officiel WEF, le versement anticipé, la réalisation du gage ainsi que le remboursement dudit versement ou du montant du gage réalisé (art. 13, 1er al., OEPL). Le montant brut des opérations en cause doit figurer dans la communication. Cette communication remplace celle que l'institution de prévoyance aurait dû faire en vertu de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (impôt anticipé sur les prestations d'assurance). La procédure d'opposition à la déclaration des prestations d'assurances prévue par la loi fédérale sur l'impôt anticipé devient caduque en cas de versement anticipé.

5. Tâches de l'Administration fédérale des contributions

L'AFC (section d'information) tient une comptabilité de tous les versements anticipés, de toutes les réalisations de gage et de tous les remboursements qui lui ont été annoncés par les institutions de prévoyance, c'est-à-dire qu'elle procède à l'inscription de toutes ces transactions dans un registre. En se basant sur ledit registre et sur demande écrite, elle donne aux personnes assurées des renseignements sur les avoirs de prévoyance investis dans le logement en propriété et leur indique quelles sont les autorités chargées de restituer le montant des impôts payés (art. 13, 2e et 3e al., OEPL).

III. Modification de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)

L'OPP 3 a été modifiée dans ses articles 3 et 4 par la OEPL de la manière suivante:

La prestation de vieillesse provenant de l'institution de prévoyance individuelle liée peut, d'après la nouvelle réglementation, non seulement servir à l'acquisition, à la construction d'un logement en propriété ainsi qu'à l'amortissement d'emprunts hypothécaires, mais aussi à l'acquisition de participations à la propriété du logement. Par participations, on pense avant tout à l'acquisition de parts sociales d'une coopérative de construction et d'habitation. Auparavant, le versement anticipé de la prestation de vieillesse n'était en principe autorisé qu'une seule fois, alors qu'à l'avenir un versement anticipé pourra être demandé tous les cinq ans. Toutefois un remboursement, contrairement à ce qui est le cas à la suite d'un versement anticipé relevant du 2e pilier, n'est pas possible dans le cadre du pilier 3a.

Par ailleurs, selon l'article 331d CO, la personne assurée peut mettre en gage son droit aux prestations de prévoyance ou un montant équivalant au plus à celui de sa prestation de libre passage. Pour la mise en gage, les articles 8 à 10 de l'OEPL sont applicables par analogie.

Les notions de "propriété du logement" et de "propres besoins" sont définies aux articles 2 et 4 OEPL.

Le chef de la division principale
Samuel Tanner

194 Informations internes (biffé)

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 34

du 8 décembre 1995.

TABLE DES MATIERES

195 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1996

196 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1996

197 Pas d'adaptation des montants-limites en 1996 dans la LPP et dans le pilier 3a

198 Inadmissibilité des institutions de prévoyance du personnel constituées sous forme de fondations de libre passage et de fondations de placement

199 Transfert de la prestation de libre passage à l'institution supplétive

Publications

200 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1996

201 Publication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier

Errata concernant le texte français de la LFLP et de l'OLP

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

195 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1996

(art. 36 LPP)

Conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle doivent être périodiquement adaptées à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous lés. deux ans à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 1996, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1992** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **6,2 %**.

Etant donné qu'aucune adaptation des rentes AVS n'aura lieu au 1er janvier 1996, les autres rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire ne seront pas adaptées non plus à cette même date.

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire dans la mesure où la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

196 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1996

Le Conseil fédéral a approuvé le taux de cotisation de **0,04 pour cent** de la somme des salaires coordonnés que demandait le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP pour **1996**. Le taux de cotisation n'a donc pas changé depuis 1990.

Les institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle devront verser les cotisations correspondantes afin que le fonds de garantie LPP soit en mesure d'assurer les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable et d'allouer des subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable.

Bien que les comptes annuels 1994 de la fondation du Fonds de garantie LPP fassent état d'un excédent de dépenses, le taux de cotisation reste le même pour 1996. Le Conseil fédéral considère qu'eu égard au système de financement de la fondation du Fonds de garantie LPP et aux réserves existantes, ce taux peut être justifié tant du point de vue politique que matériel.'

197 Pas d'adaptation des montants-limites en 1996 dans la LPP et dans le pilier 3a

(art. 2,7,8,46 LPP; art. 7 OPP 3)

La rente AVS minimale simple ne fera l'objet d'aucune modification en 1996. Par conséquent, les montants-limites dans la LPP resteront les mêmes qu'en 1995.
Ce sont toujours:

a. Pour la prévoyance professionnelle

- salaire annuel minimum (art. 2, 7et 46, al. 1 LPP)	23'280 francs
- déduction de coordination (art. 8, al. 1 LPP)	23'280 francs
- limite supérieure du salaire annuel (art. 8, al. 1. LPP)	69'840 francs
- salaire coordonné maximal	46'560 francs
- salaire coordonné minimal	2'910 francs

b. Pour la prévoyance liée du pilier 3a

Déduction maximale autorisée des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7, al. 1, let. a OPP 3)	5'587 francs
- sans affiliation à une .institution de prévoyance du deuxième pilier.(art. 7, al. 1, let. b OPP 3)	27'936 francs

198 Inadmissibilité des institutions de prévoyance du personnel constituées sous forme de fondations de libre passage et de fondations de placement.

(art. 48, 49 et 62, al. 2 LPP, art. 80, 84 et 89bis CC)

Sont uniquement reconnues en tant qu'institutions de prévoyance du personnel au sens légal les fondations qui ont été constituées avec le concours d'un employeur dans le but spécial d'allouer à ses employés - et à leurs proches en qualité de destinataires directs - des prestations dans des cas précis qui modifient le cours de leur existence. L'institution de prévoyance du personnel est donc caractérisée par le cercle des destinataires et le but spécial de la fondation. Ce dernier englobe ses tâches et le but de son activité au sens de l'art. 80 CC; il en définit également les limites puisqu'il astreint la fondation à cette activité – à l'exclusion de toute autre. Par conséquent, aussi bien des actes juridiques de tous genres - qui mènent à une diminution ou à un dessaisissement complet de la fortune de l'institution et qui ne visent pas à atteindre directement ou indirectement le but de la fondation - que la poursuite d'autres buts ou l'élargissement du but initial sont interdits aux organes des institutions de prévoyance du personnel.

Pour ces raisons, la constitution d'une institution de prévoyance du personnel sous forme d'une fondation de libre passage ou d'une fondation de placement est exclue. Car cette possibilité aurait non seulement pour conséquence de scinder et de libérer

la fortune de l'institution de prévoyance du personnel et partant, de donner lieu à un dessaisissement inadmissible de la fortune, mais conduirait également à ce que, lors de la constitution d'une fondation de libre passage ou d'une fondation de placement, une telle fortune serait légalement liée à un autre but. Indépendamment du dessaisissement, il est évident que par la constitution d'une fondation de libre passage ou d'une fondation de placement, les organes de la fondation poursuivraient d'autres buts que ceux prescrits par le fondateur. Le fait qu'une fondation de libre passage est destinée à exécuter le libre passage dans la prévoyance du personnel lors de la résiliation du contrat de travail et prend la place de l'ancienne institution de prévoyance dont elle poursuit le but et les tâches sous une forme modifiée, ne doit pas faire oublier que la fondation de libre passage n'est pas destinée à la prévoyance du personnel au sens propre du terme. Car il n'existe plus, en raison de la résiliation du contrat de travail, de relations juridiques entre l'ancien employeur et le salarié, pas plus qu'entre la fondation de libre passage et l'employeur. Par conséquent, la fondation de libre passage n'est plus une institution de prévoyance du personnel au sens de l'art. 48 et de l'art. 49, 2^{e} al., LPP ou de l'art. 89bis CC, mais bien une fondation ordinaire au sens des art. 80 ss CC (JAAC 52/1988, p. 127). Il n'en va pas autrement des fondations de placement: ce ne sont pas non plus des institutions de prévoyance du personnel puisque les destinataires ne sont pas les salariés, mais uniquement les institutions de prévoyance affiliées. De plus, les fondations de placement ont exclusivement pour but d'effectuer des placements collectifs et d'administrer les capitaux des institutions de prévoyance affiliées en respectant le principe de la répartition des risques.

II faut distinguer des opérations précédentes le transfert de la fortune de la fondation à d'autres sujets de droit qui poursuivent le même but ou un but semblable. Ce transfert est considéré comme admis à condition qu'il serve à mieux atteindre le but de la fondation, qu'il s'impose pour des raisons matérielles fondées et que le destinataire ou des tiers ne soient pas lésés dans leurs droits (cf. Riemer, Berner Kommentar, Die Stiftungen, Systematischer Teil, N 30 ainsi que N 68 et N 82 ss ad art. 88/89 CC). De la sorte, une institution de prévoyance du personnel oeuvrant jusque là dans le domaine de la prévoyance obligatoire et surobligatoire peut procéder à un partage en vue de mieux atteindre les buts de la fondation. Dans cette même intention, elle peut constituer une nouvelle institution de prévoyance du personnel, qui reprend une partie de ses tâches. De cette manière, la fortune de la fondation n'est pas détournée de son but initial, et on ne poursuit pas d'autres buts que ceux prévus par le fondateur.

199 Transfert de la prestation de libre passage à l'institution supplétive

(art. 3, 4, 27 LFLP, art. 10 OLP)

1. Si une personne assurée quitte l'institution de prévoyance, celle-ci doit verser la prestation de sortie à la nouvelle institution, conformément à l'article 3 LFLP. Si cette personne n'entre pas directement dans une nouvelle institution de prévoyance, la prévoyance sera maintenue d'une autre manière. La personne assurée doit communiquer à l'institution de prévoyance sous quelle forme elle entend maintenir sa prévoyance: par la constitution d'une police de libre passage ou d'un compte de libre passage (art. 4, 1er al., LFLP et art. 10 OLP). Si toutefois la personne assurée n'indique ni le nom de la nouvelle institution de prévoyance ni le nouvel employeur ou qu'elle n'exerce pas son droit d'option, l'institution de prévoyance verse au plus tard

deux ans après l'échéance la prestation de sortie - y compris les intérêts moratoires - à l'institution supplétive (en ce qui concerne les intérêts moratoires, voir Bulletin no 31, ch. marg. 181, point 1).

Cette réglementation vise à éliminer les incertitudes concernant le traitement de l'avoir dit "non réclamé".

2. Qu'advient-il de cet avoir si la personne assurée est sortie d'une institution de prévoyance avant le1er janvier 1995 (soit avant l'entrée en vigueur de la LFLP) et que la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'ancienne institution de prévoyance ou déjà sur un compte de libre passage? Ces fonds doivent-il aussi être versés à l'institution supplétive? Dans ces cas, l'ancien droit est encore applicable (art. 27, 1er al., LFLP, art. 1, 1er al. et 2e tit.fin. CC). Ces institutions ne sont donc pas tenues, ni juridiquement autorisées à verser les fonds en question à l'institution supplétive.

3. Qui doit veiller au respect du délai de deux ans pour le versement à l'institution supplétive?

En tant que débitrice de la prestation de libre passage, l'institution de prévoyance est responsable du versement de la prestation de sortie à l'institution supplétive dans le délai de deux ans. L'institution supplétive doit simplement recevoir la prestation de sortie et gérer un compte de libre passage établi au nom de la personne assurée.
En outre, l'organe de contrôle doit indiquer dans son rapport annuel si les conditions du versement à l'institution supplétive sont remplies et, le cas échéant, si ces fonds "non réclamés" ont été effectivement transférés à l'institution 'supplétive dans le délai légal.

Publications

200 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1996

(articles 21 et 22 OPP 2)

La brochure pour le calcul des bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1996 est disponible. Elle peut être obtenue à l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (OCFIM), 3000 Berne, numéro de commande 318.762.96 f/d/i.

201 Publication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier

L'Office fédéral du registre foncier a, dans le contexte de l'encouragement à la propriété du logement, remanié et réimprimé un ouvrage intéressant intitulé "Le registre foncier en Suisse". Celui-ci contient notamment des informations sur le but et le contenu du registre foncier; mais avant tout, il recense les communes en indiquant les différents offices du registre foncier auxquels elles sont rattachées. Cette publication peut être commandée, par écrit, à l'Office central fédéral des imprimés et

du matériel (OCFIM) , 3000 Berne, numéro de commande 404.300 d/f/i; prix 19 francs 80.

Errata (concernent le texte français de la LFLP et de l'OLP uniquement)

a. A propos de l'art. 10,1er al., 2ème phrase LFLP

Nous vous signalons une divergence entre les textes français et allemand/italien.

En effet, le texte français de la 2ème phrase devrait, pour être conforme aux versions allemande et italienne se lire comme il suit:
"Cette prestation ne doit pas dépasser le plus élevé des deux montants suivants: prestation **de sortie** calculée selon l'article 15 ou 16 et prestation de sortie selon **le tableau prévu à** l'article 17".

b. A propos de l'art. 16, 2^{e} al. OLP

Une erreur s'est glissée dans le libellé du texte français de l'article 16,28 alinéa OLP. En effet, il manque le terme "entière" s'agissant de la rente d'invalidité (rente entière) qui figure dans. les textes allemand (volle Invalidenrente) et dans le texte italien (rendita completa d'invalidità).

Cette disposition reprend l'ancien article 7, 2^{e} alinéa, lettre a de l'OLP en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994. L'erreur est manifeste et a été en quelque sorte rectifiée dans le commentaire de l'OLP (cf. Bulletin LPP no. 30, page 14, ad art.16, 28 al., dernière phrase).

L'article 16, 2^{e} alinéa OLP doit donc se lire comme il suit:
"Si l'assuré perçoit une rente entière d'invalidité de l'assurance invalidité fédérale...
(le reste demeure inchangé).

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 35

du 20 mai 1996

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

ÉDITION SPÉCIALE

Révision de la OPP 2: modification des prescriptions en matière de comptabilité et de placement / utilisation des instruments financiers dérivés

Le 24 avril 1996, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle VSI (OPP 2) en adaptant les prescriptions relatives à la comptabilité et au placement pour les institutions de prévoyance enregistrées afin d'améliorer la transparence et la sécurité. Les modifications s'inscrivent dans le contexte de la réglementation concernant l'utilisation des instruments financiers dérivés. Elles entreront en vigueur le 1er juillet 1996.

Quelles sont les nouvelles réglementations?
- Les exigences en matière d'établissement des comptes des institutions de prévoyance sont adaptées à celles en vigueur dans le droit des actions ou dans le droit bancaire et boursier (modification de l'article 47).
- La tâche de gestion de l'organe paritaire dans l'organisation de la gestion de fortune et de la comptabilité est précisée (nouvel article 49a).
- L'utilisation des instruments financiers dérivés fait l'objet d'une nouvelle réglementation (nouvel article 56a).

Les nouvelles exigences concernent toutes les institutions de prévoyance, même si elles n'utilisent pas d'instruments dérivés. Elles sont praticables; elles se justifient et respectent le domaine de compétence propre des institutions de prévoyance.

Vous trouverez ci-après le texte des modifications et un commentaire détaillé. Nous vous signalons que seul le texte publié dans le Recueil officiel fait foi.

L'Office fédéral des assurances sociales publiera des directives spécifiques destinées à faciliter l'application des nouvelles dispositions.

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 24 avril 1996

Le Conseil fédéral suisse arrête

I

L'ordonnance du 18 avril 1984[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est modifiée comme il suit :

Titre de la section précédant l'article 47

Section 2 : Comptabilité et établissement des comptes

Art. 47 Tenue régulière de la comptabilité
(art. 71,1er al., LPP)

1 L'institution de prévoyance fixe les principes à observer en matière de comptabilité et d'établissement des comptes. Elle est responsable de l'établissement des comptes annuels, lesquels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Les comptes annuels contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

2 Les comptes annuels sont établis et structurés conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes. Ils sont dressés de telle manière qu'ils feront ressortir clairement la situation financière réelle.

3 L'annexe contient des informations et des explications complémentaires concernant le placement de la fortune, le financement et les divers postes du bilan et du compte d'exploitation. Les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

4 Sont, en outre, applicables les articles 957 à 964 du code des obligations[2] relatifs à la comptabilité commerciale.

Art. 49a Tâche de gestion
(art. 51, 1er et 2e al., art. 71, 1er al., LPP)

L'institution de prévoyance fixe clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon à ce que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion.

[1] RS 831.441.1
[2] RS 220

Art. 56a Instruments financiers dérivés
(art. 71, 1'"al., LPP)

[1] L'institution de prévoyance peut investir uniquement dans des instruments financiers dérivés découlant des placements prévus à l'article 53.

[2] La solvabilité de la contrepartie et la négociabilité doivent être prises en considération en tenant compte des particularités de chaque instrument dérivé.

[3] Tout engagement d'une institution de prévoyance résultant d'opérations sur dérivés ou qui peut résulter de l'exercice du droit, doit être couvert.

[4] L'utilisation d'instruments financiers dérivés ne doit pas exercer d'effet de levier sur la fortune globale.

[5] Les limites prévues aux articles 54 et 55 doivent être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés.

[6] Sont déterminants en matière de respect de l'obligation de couverture et de limites, les engagements qui, pour l'institution de prévoyance, peuvent découler, dans le cas le plus extrême, des instruments dérivés lors de leur conversion en sous-jacent.

[7] Tous les instruments financiers dérivés non échus doivent figurer intégralement dans les comptes annuels.

Art. 59, 1er al., première phrase

[1] L'institution de prévoyance peut dans un cas particulier s'écarter des normes fixées aux articles 53 à 55, 56a, 1er et 5e alinéas, ainsi qu'à l'article 57 à la condition que:...

II
La présente ordonnance entre en vigueur le 1er juillet 1996.

Commentaire des nouvelles prescriptions de l'OPP 2

(Introduction des articles 49a et 56a; modification des articles 47 et 59, 1er alinéa)

1. Remarques préliminaires

La révision des prescriptions en matière de comptabilité et de placement a été mise en oeuvre par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, organe consultatif du Conseil fédéral, lors de la séance qu'elle a tenue le 19 septembre 1994. Elle a créé un groupe d'experts constitué de spécialistes de la prévoyance professionnelle, de la comptabilité, du droit bancaire et de la bourse ainsi que de spécialistes des produits dérivés. Les propositions de ce groupe d'experts ont été approuvées par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle lors de sa séance du 15 septembre 1995.

En ce qui concerne la sécurité des caisses de pension, ces propositions reflètent une vision globale qui prend en considération, avant tout, le principe de la responsabilité propre des organes paritaires et le principe de la transparence. Elles sont donc conçues comme un tout, c-à-d qu'elles permettent d'atteindre cet objectif de sécurité que si les dispositions proposées sont adoptées en un seul paquet. Sous chiffre 2, elles sont d'abord justifiées par des considérations de principe. Sous chiffre 3 figure le commentaire proprement dit des dispositions, lequel peut être utile pour l'application pratique de ces dernières à l'avenir. Enfin, le chiffre 4 traite du champ d'application et de l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles ou modifiées.

2. Considérations de principe

2.1 Données du problème et besoin de réglementation

Les instruments financiers dérivés (appelés communément dérivés) sont des contrats dérivés de placements de base (comme notamment d'actions, d'obligations, de devises, etc.). Ils impliquent des droits, respectivement des obligations quant à la future livraison ou réception du placement en question à des conditions déterminées. Voici des exemples: les opérations à terme classiques, les financial futures, les swaps et les options.

En raison de leur complexité, les dérivés **comportent des risques inhérents qui n'apparaissent pas à première vue.** Il s'ensuit que des instruments de placement en principe judicieux peuvent être utilisées de manière incorrecte.

Actuellement, les institutions de prévoyance qui utilisent des dérivés doivent se fonder **exclusivement sur les principes généraux en matière de placement** (art. 71, 1er al., LPP) qui ont force obligatoire. Les instructions émises par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sont certes fort utiles (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 11, 16 et 23), mais ne sauraient garantir la sécurité du droit. Dans la pratique, s'agissant du placement de la fortune et de la présentation de ces placements dans les comptes annuels, il existe parfois de grandes incertitudes qui remettent en question non seulement l'exercice de la

responsabilité propre des organes compétents, mais également l'accomplissement des tâches de contrôle et de surveillance.

Il est nécessaire de réglementer l'utilisation de ces instruments financiers dans l'OPP 2, ceci dans l'intérêt des assurés et du développement des caisses de pension dans leur ensemble. Les modifications et les compléments de l'OPP 2 doivent cependant correspondre aux idées directrices exposées ci-après.

2.2 Compétence propre et transparence

En tant que loi-cadre, la LPP a voulu laisser aux institutions de prévoyance une compétence propre aussi large que possible (art. 49). Il doit continuer à en être ainsi. Cependant, la compétence propre implique également **des règles actuelles et contraignantes concernant la transparence** auxquelles ont droit aussi bien les employeurs que les salariés ou les assurés, en tant que parties au contrat de prévoyance. A cet égard, le droit au niveau de l'ordonnance accuse des lacunes considérables qu'il s'agit de combler.

Il s'agit aujourd'hui de profiter en particulier de l'évolution qu'ont subie **la comptabilité et l'établissement des comptes** (cf. infra chiffre 2.5). Dans l'intérêt de l'égalité devant la loi, il convient notamment de concrétiser les exigences en matière de transparence des comptes annuels, non seulement en ce qui concerne l'actif du bilan (placement de la fortune), mais aussi son passif.

La transparence est en outre **indivisible**. Elle revêt certes des aspects spécifiques quant à l'utilisation des instruments financiers dérivés (cf. surtout les propositions relatives à l'art. 56a, 6e et 7e aL) ; elle doit toutefois mieux être concrétisée dans le domaine de la comptabilité et de l'établissement des comptes (cf. la proposition concernant l'art 47 OPP2). C'est la seule façon de déceler et de contrôler de manière fiable les risques inhérents à d'autres placements, en tant que tels et en combinaison avec l'utilisation de dérivés. Ce n'est que de cette manière que l'art. 36, 2e al. LPP, qui prescrit l'adaptation des rentes en cours à l'évolution des prix dans les limites des possibilités financières de la caisse de pension, acquierrera (enfin) une signification pratique sous l'angle de l'égalité devant la loi. En outre, c'est, en pratique, l'unique façon de procéder aux liquidations partielles sur la base de la situation financière réelle de la caisse de pension conformément aux articles 23 LFLP et 9 OLP.

2.3 Parité, responsabilité propre, tâches de gestion

L'art. 51, 1er al. LPP exige que les caisses de pension soient gérées paritairement. Cette gestion assumée par les partenaires sociaux (il s'agit bien de gestion et non pas simplement d'administration) légitime expressément les institutions de prévoyance à agir autant que possible sous leur propre responsabilité, qu'elles s'acquittent de leurs tâches légales ou fassent usage de leur domaine de compétence propre.

L'exercice des responsabilités exige une gestion qualifiée. Mais le droit actuel est insuffisamment concrétisé dans des secteurs essentiels de la gestion comme la comptabilité, l'établissement des comptes et le placement de la fortune. Cela a

créé des incertitudes, en particulier (mais pas uniquement) pour l'utilisation des instruments financiers dérivés. Cette situation doit être clarifiée au niveau de l'ordonnance pour faire prendre ainsi conscience également du fait qu'une gestion responsable va de pair avec un contrôle responsable (controlling et reporting).

Les nouvelles dispositions des articles 47 et 49a OPP 2 prévoient la structure actuellement indispensable aux **tâches de gestion** dans les domaines de la comptabilité, de l'établissement des comptes et du placement de la fortune. L'utilisation des instruments financiers dérivés doit désormais s'inscrire dans la perspective de l'article 56a OPP 2.

L'offre d'un support pour la maîtrise des tâches de gestion dans le sens proposé est la meilleure manière de prévenir des discussions inadéquates, voire même des litiges portant sur la responsabilité décrite à l'art. 52 LPP.

2.4 Gestion, contrôle, surveillance

En vertu de l'article 53 LPP, l'organe de contrôle vérifie chaque année la gestion, la comptabilité et les placements. Comme le droit en vigueur ne fait pas expressément état ni ne concrétise, pour la comptabilité, **le niveau de contrôle que les institutions de prévoyance doivent exercer sous leur propre responsabilité**, cette disposition légale est difficilement utilisable dans certains cas, par exemple lors d'investissements dans des instruments financiers dérivés. Les propositions de modification apportent une aide en la matière. Elles ne concernent d'ailleurs pas le seul domaine de la comptabilité, mais également les domaines de la gestion lorsque celle-ci a trait au placement de la fortune en général et aux investissements dans les instruments financiers dérivés en particulier.

L'importance du contrôle, institué dans l'intérêt d'une gestion responsable, offre également une position de départ claire à la **fonction répressive souveraine de l'autorité de surveillance**. Cette dernière peut se concentrer sur des activités répressives dans des domaines tels que la gestion, la comptabilité et le placement de la fortune. Cela devrait exclure une immixion (non voulue consciemment, pour l'essentiel) juridiquement non fondée dans l'autonomie de gestion des institutions de prévoyance.

L'autorité de surveillance dispose pour son activité de meilleures bases grâce précisément à l'annexe (voir art. 47, 1er et 3e al. OPP 2) qui fait partie des comptes annuels vérifiés par l'organe de contrôle. Cette annexe contient des informations actuelles puisqu'elle doit prendre en considération les événements postérieurs à la clôture du bilan dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

2.5 Proportionnalité et praticabilité

Les nouvelles dispositions se caractérisent par leur proportionnalité et leur praticabilité. C'est ce qui ressort des explications précédentes. On peut encore

ajouter que ces propositions améliorent la prévention des cas d'insolvabilité, ce qui permet de garder le contrôle des charges grevant le fonds de garantie.

De plus, et dans la mesure du possible, les propositions se réfèrent à des notions traitées et reconnues dans le droit et la pratique de la prévoyance professionnelle, ainsi que dans la comptabilité commerciale actuelle. Pour ce qui est des propositions concernant les instruments financiers dérivés, on a tenu compte des dispositions légales en vigueur et des avis exprimés dans les milieux spécialisés. Mentionnons en particulier la modification du 12 décembre 1994 de l'Ordonnance sur les banques et les directives de la Commission fédérale des banques du 14 décembre 1994 relative à l'établissement des comptes, ainsi que le document de l'Association suisse des banquiers intitulé "Directives et commentaire concernant l'exercice de mandats de gestion conférés à la banque par un client".

L'insertion des propositions dans un contexte interdisciplinaire s'explique, d'une part, par le mandat et le but de la prévoyance professionnelle, d'autre part, par la nécessité, pour les organes de gestion, de développer des stratégies et, enfin, par l'exigence de laisser à ces derniers une marge de manœuvre suffisante leur permettant d'assumer une gestion responsable.

Les dispositions de l'ordonnance qui sont proposées se limitent, dans la mesure du possible, à l'essentiel. Ceci également dans la perspective d'une adaptation à de futures exigences. Pour leur concrétisation, il est envisagé d'édicter des directives spécifiques qui seraient élaborées par les milieux concernés eux-mêmes et sous leur propre responsabilité.

3. Commentaire des dispositions

3.1 Article 47 révisé de l'OPP 2

Introduction
S'agissant de la tenue régulière de la comptabilité, l'actuel article 47 OPP 2 (dans la section 2, intitulée "Comptabilité") ne renvoie qu'aux principes généralement admis en la matière selon les articles 957 à 964 CO. Ce faisant, l'ordonnance ne constitue pas une base suffisante pour faire face aux exigences actuelles en matière de prévoyance professionnelle. En particulier, à l'article 53 LPP consacré au contrôle, la notion de comptabilité ayant trait à la gestion des institutions de prévoyance n'est définie ni expressément ni suffisamment.

La section 2 du chapitre 4 intitulé "Financement" devrait désormais avoir pour titre "comptabilité et établissement des comptes". En ce qui concerne la tenue régulière de la comptabilité, l'article 47 révisé de l'OPP 2 contient les directives nécessaires aux tâches de gestion dans les domaines mentionnés. Ainsi, par analogie, un lien est établi avec l'évolution en matière d'établissement des comptes. Celle-ci est due aux progrès décisifs enregistrés sur le plan de la comptabilité commerciale, dus à l'impulsion du nouveau droit des sociétés anonymes.

Pour comprendre la portée de l'article 47 OPP 2 modifié, il est essentiel de définir la notion de comptabilité. Ce terme est pris au sens large. La comptabilité est un élément de la gestion et elle comprend la comptabilité au sens strict, la gestion de fortune, la tenue des comptes de vieillesse et les comptes annuels. Le controlling (suivi permanent des activités, tenue des livres comptables, etc.) et le reporting interne (établissement de rapports) constituent également des éléments de la comptabilité.

Pour faciliter leur adaptation et leur utilisation pratique, les dispositions relatives à la comptabilité et à l'établissement des comptes ne seront introduites dans l'OPP 2 que sous la forme de principes et devront notamment:

- stipuler que les comptes annuels comprennent le bilan, le compte d'exploitation et un nouvel élément: l'**annexe**;
- préciser pour qui et dans quel but les comptes sont établis, en conformité avec les articles 959 et 662a CO et avec les dispositions particulières du droit de la prévoyance professionnelle.
-

1er alinéa

1 L'institution de prévoyance fixe les principes à observer en matière de comptabilité et d'établissement des comptes. Elle est responsable de l'établissement des comptes annuels, lesquels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Les comptes annuels contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

En règle générale, est compétent l'organe supérieur. En pratique, il y a toutefois des exceptions dans le cadre des règles concernant la gestion paritaire. L'organe compétent doit définir les objectifs et les principes d'exécution et doit déléguer et surveiller certaines tâches. Il sied en particulier de relever que l'organe supérieur est tenu de surveiller les activités, c'est-à-dire d'en avoir sans cesse une vue d'ensemble et de les suivre en permanence ou au moins périodiquement.

Par analogie avec le droit des sociétés anonymes, l'introduction de l'annexe, en tant qu'élément des comptes annuels, résulte des exigences posées aux organes responsables des institutions de prévoyance, aux services de contrôle (il est préférable de parler d'organes de révision) et aux autorités de surveillance. Pour de plus amples détails à ce sujet, on renvoie aux commentaires concernant le 3e alinéa. L'obligation de mentionner les chiffres de l'exercice précédent est également instaurée par analogie avec le droit des sociétés anonymes.

2e alinéa

2 Les comptes annuels sont établis et structurés conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes. Ils sont dressés de telle manière qu'ils feront ressortir clairement la situation financière réelle.

En ce qui concerne l'établissement régulier des comptes, on peut se référer par analogie à l'article 662a, 2e alinéa CO et aux commentaires y relatifs disponibles dans la pratique reconnue. L'établissement des comptes annuels découle en règle générale du plan comptable de l'institution de prévoyance (voir à ce sujet le plan comptable suisse pour les institutions de prévoyance professionnelle,

Communication professionnelle no. 5/1992 de la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables).

Cette disposition contient l'objectif selon lequel les comptes annuels doivent présenter de façon transparente la situation financière réelle de l'institution de prévoyance, à la manière d'un instantané. Cette définition n'est pas nouvelle: selon le droit en vigueur (l'article 47 OPP 2 renvoie à l'article 959 CO), les comptes annuels doivent déjà être complets, clairs et faciles à consulter, afin que "les intéressés puissent se rendre compte aussi exactement que possible de la situation économique de l'entreprise". La nouvelle formulation proposée répond mieux aux besoins des parties ayant passé un contrat de prévoyance et concorde avec l'article 9 OLP[1] qui est déterminant pour le calcul des fonds libres en cas de liquidation partielle. En outre, il y a lieu de relever que l'article 36, 2e alinéa, LPP qui traite de l'adaptation des rentes en cours à l'évolution des prix, renvoie, en utilisant les termes "possibilités financières", à une formulation presque analogue.

En dépit de cet objectif, il reste possible d'inscrire des évaluations au bilan commercial en vertu de l'article 48 OPP 2. Cette disposition prescrit (ainsi que l'article 960 CO) une évaluation maximale. Des sous-évaluations et, partant, la formation de réserves qui en découle, demeurent possibles. Pour des raisons de transparence, l'annexe doit toutefois contenir les informations complémentaires sur la situation financière effective et sur l'évaluation. Si les valeurs inscrites au bilan sont inférieures à la valeur vénale ou à la valeur du marché, elles doivent être indiquées dans l'annexe; il n'en résulte toutefois pas d'inscriptions comptables influant sur le résultat. Dans ces commentaires relatifs à l'évaluation, les provisions pour variations de valeur des placements doivent être prises en considération.

3e alinéa

3 L'annexe contient des informations et des explications complémentaires concernant le placement de la fortune, le financement et les divers postes du bilan et du compte d'exploitation. Les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

Les renseignements particuliers devant figurer en principe dans l'annexe peuvent également apparaître au bilan ou au compte d'exploitation. Du fait de l'obligation de mentionner également les événements postérieurs à la clôture du bilan lorsqu'ils influent notablement sur l'appréciation de la situation de l'institution de prévoyance, la direction responsable, l'organe de contrôle et l'autorité de surveillance disposent des données dont ils ont besoin, à savoir les plus actuelles.

L'annexe doit être conforme aux principes régissant l'établissement régulier des comptes et est soumise, en tant que partie intégrante des comptes annuels, à

[1] Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP, AS 831.425)

l'examen de l'organe de contrôle. Le système de contrôle comprenant le contrôle interne, la révision et la surveillance est ainsi complet et efficace.

4e alinéa

4 Sont, en outre, applicables les articles 957 à 964 du code des obligations relatifs à la comptabilité commerciale.

Le renvoi complémentaire aux règles générales de la comptabilité commerciale figurant dans le CO demeure judicieux. Ainsi, le lien avec d'éventuelles modifications des prescriptions du CO concernant l'établissement des comptes est notamment garanti.

3.2 Nouvel article 49a de l'OPP 2

L'institution de prévoyance fixe clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon à ce que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion.

Ce nouvel article 49a OPP 2 fait partie de la section 3 traitant du placement de la fortune. Il contient une description des tâches de gestion en rapport avec le placement de la fortune. Cette description est analogue aux prescriptions concernant la comptabilité et l'établissement des comptes (nouvel article 47 OPP 2). Sous une forme claire et comparable au niveau juridique, il existe ainsi une corrélation avec l'article 51, 2e alinéa, lettre c LPP, lequel prescrit la garantie de la gestion paritaire de la fortune.

Il est indispensable que les organes compétents (en général ce sont les organes supérieurs, composés le plus souvent de manière paritaire) des institutions de prévoyance s'occupent de la manière de placer la fortune. La réalisation des objectifs de plus en plus divers de la prévoyance professionnelle en dépend directement.

La nouvelle disposition oblige l'institution de prévoyance, resp. l'organe compétent, à déterminer les modalités d'exécution pour le placement de la fortune, de sorte que l'organe paritaire puisse assumer de manière effective sa tâche de gestion. L'obligation de l'institution de prévoyance consiste à fixer des objectifs et des principes en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune afin de réunir les conditions d'une gestion optimale. L'expression "pouvoir assumer" ne laisse pas à l'organe paritaire le choix de son action: on demande qu'il agisse.

Il ne suffit pas que l'organe compétent s'appuie sur les principes généraux de l'article 71 LPP et respecte les limites définies dans l'OPP 2. Il n'assume pleinement sa tâche de gestion qu'en

- concrétisant les **objectifs et les principes** du placement de la fortune (liquidité suffisante, rendement adéquat, risque supportable) compte tenu des besoins spécifiques et des conditions cadre de l'institution de prévoyance;

- réglant la répartition des tâches et des compétences (organisation en matière de placements) pour **l'exécution et la surveillance** du placement de la fortune;

- fixant clairement par écrit ce qui a été entrepris dans les domaines susmentionnés (par ex. dans le cadre d'un règlement sur les placements).

Le terme clairement est mentionné afin de souligner que les organes compétents pour le placement de la fortune doivent rester dans un cadre qu'ils peuvent comprendre avec l'aide de spécialistes. En cas de doute, il faut renoncer.
En résumé, les dispositions du nouvel article 49a OPP 2 doivent garantir que

- les organes compétents, sous leur propre responsabilité, élaborent une politique de placement optimale compte tenu des risques susceptibles d'être encourus par l'institution de prévoyance et définissent à cette occasion dans quelle mesure la marge de manœuvre découlant de la loi doit être utilisée;

- les personnes et les services chargés d'effectuer les placements de la fortune disposent de directives claires concernant les objectifs et les placements;

- les opérations de placement, le respect des compétences et le résultat puissent être surveillés régulièrement.

Pour d'autres considérations de principe concernant le nouvel article 49a OPP 2, on se réfère aux explications figurant sous chiffre.

3.3 Nouvel article 56 a OPP 2

Introduction
En matière d'investissement, les instruments dérivés représentent une **solution de rechange à un actif sous-jacent équivalent** étant donné qu'ils dérivent d'instruments de placement. Les instruments dérivés ne servent donc pas uniquement à réduire les risques (hedging), mais leur utilisation est également envisageable pour prendre des positions à risque. En fonction de la stratégie choisie, une modification (augmentation ou réduction) des risques est possible à moindre coût en recourant soit aux produits dérivés, soit aux sous-jacents. Les produits dérivés sont donc des instruments appropriés lorsqu'ils sont employés dans le cadre d'une gestion assumée par des professionnels.

Il existe trois types de risques liés aux instruments dérivés:

- Les instruments dérivés comportent un **risque de base** analogue à celui de la position équivalente sur le sous-jacent correspondant. Lorsque la valeur marchande du sous-jacent (par ex. un indice boursier) augmente, la valeur du produit dérivé assorti d'un droit ou d'une obligation d'achat (par ex. option d'achat ou contrat à terme sur indice boursier) augmente également si les autres conditions restent inchangées.

- Les instruments dérivés présentent, en plus du risque de base, des **risques inhérents aux instruments.** Ces risques font l'objet d'une réglementation plus détaillée à l'article 56a, 28 alinéa, OPP 2. Ils englobent notamment le risque de contrepartie, c'est-à-dire la probabilité que la contrepartie ne puisse pas honorer ses engagements de sorte que le gain escompté peut se transformer en perte. Un autre risque inhérent aux dérivés résulte de la possibilité d'effectuer des opérations sur dérivés à une valeur fausse par rapport à celle du sous-jacent. Les risques de ce type sont généralement plus faibles dans des contrats standardisés négociés sur un marché à terme.

- Etant donné le degré de complexité élevé des instruments dérivés, il peut arriver que les risques qui leur sont liés ne soient pas évalués correctement et que lesdits instruments ne soient pas utilisés judicieusement. Les instruments dérivés impliquent de ce fait des **risques relativement élevés liés à l'organisation** lorsque les organes responsables ne sont pas en mesure d'apprécier les conséquences de l'utilisation de ces instruments par les personnes chargées des placements.

L'article 56a relatif aux instruments financiers dérivés règle, au sens des dispositions actuelles de la LPP et de l'OPP 2 concernant le placement de la fortune, leur utilisation en tant que solution de remplacement pour effectuer des investissements. Les trois types de risques sont pris en considération. Toutefois, l'accent est mis principalement sur les risques liés à l'organisation. On ne fixe pas seulement une règle permettant de vérifier que les limites en matière de placements ont été respectées, y compris les instruments financiers dérivés selon le scénario "catastrophe", mais on prescrit également l'obligation d'établir des rapports en la matière.

Pour d'autres considérations de principe à ce propos, il est renvoyé au chiffre 2. Les divers alinéas sont commentés ci-après.

1er alinéa

1 L'institution de prévoyance peut investir uniquement dans des instruments financiers dérivés découlant des placements prévus à l'article 53.

Les placements pouvant servir de sous-jacents aux instruments dérivés sont en principe les placements autorisés selon l'article 53 OPP2. Ceci exclut les opérations à terme sur marchandises.

Des formes partielles de placements autorisés conformément à l'article 53 OPP2 sont également admises comme sous-jacent. Une de ces formes partielles de placement est, par exemple, le risque lié aux monnaies étrangères résultant d'investissements à l'étranger. Il y a lieu de considérer que la présence de risques liés aux monnaies dépend plutôt de l'évolution de la valeur du sous-jacent (exposition aux fluctuations de l'économie) que de l'unité de compte utilisée.

Il est en outre possible de combiner les différentes formes de placement mentionnées à l'article 53 OPP 2. Ceci englobe, par exemple, les indices sur actions, obligations, etc... et les taux d'intérêt.

2e alinéa

2 La solvabilité de la contrepartie et la négociabilité doivent être prises en considération en tenant compte des particularités de chaque instrument dérivé.

L'exigence de solvabilité s'étend à la créance résultant de positions ouvertes sur dérivés en raison de leur valeur de remplacement positive, sans compensation d'éventuels engagements découlant d'autres positions sur dérivés avec la même ou une autre contrepartie. Sur ce point, il y a lieu de tenir compte des dispositions relatives à la répartition du risque découlant de l'article 50, 3e alinéa OPP 2 et des limites applicables aux débiteurs selon l'article 54 de ladite ordonnance.

On entend par négociabilité, les frais visibles et invisibles induits par le réglement d'un contrat financier dérivé. Sur ce plan, il y a lieu de donner la préférence aux contrats standardisés et négociés sur les marchés à terme officiels. Lorsque des dérivés plus complexes et non cotés en bourse sont utilisés, il faut, le cas échéant, constituer des provisions adéquates.

3e alinéa

3 Tout engagement d'une institution de prévoyance résultant d'opérations sur dérivés ou qui peut résulter de l'exercice du droit, doit être couvert.

L'obligation de couverture signifie que, dans le cas des instruments dérivés assortis d'un droit ou d'une obligation d'achat, les liquidités nécessaires doivent en tout temps être disponibles ou pouvoir être obtenues. Dans le cas de dérivés assortis d'un droit ou d'une obligation de livraison de sous-jacents, ces derniers doivent être disponibles en tout temps. Cette dernière condition doit également être respectée lorsque l'exercice du droit lié à l'instrument dérivé ne comporte pas de livraison physique du titre de base, mais uniquement le paiement de la différence de valeur (cash-settlement). Par ailleurs, les liquidités nécessaires pour combler la marge doivent également être disponibles ou pouvoir être obtenues en fonction des obligations futures.

Dans le cas d'une obligation ou d'un droit de vente, les produits dérivés d'indices sur action, de taux d'intérêts et d'autres sous-jacents comparables sont considérés comme couverts si le sous-jacent existe dans une mesure représentative.

4e alinéa

4 L'utilisation d'instruments financiers dérivés ne doit pas exercer d'effet de levier sur la fortune globale.

L'emploi des instruments dérivés n'est autorisé que si un investissement équivalent sous forme de sous-jacents ne nécessiterait pas de recourir à l'emprunt. Le terme équivalent signifie que l'engagement économique ("exposure") est identique en ce sens que la valeur de l'investissement physique et celle du produit dérivé évoluent de manière analogue. Il s'agit d'empêcher qu'un gain ou une perte disproportionnée résulte d'un faible engagement de capital.

5e alinéa

5 Les limites prévues aux articles 54 et 55 doivent être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés.

Les limites prévues aux articles 54 et 55 OPP 2 doivent également être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés en ce sens que l'engagement économique (définition, cf. commentaires relatif au 4e alinéa) résultant de tous les instruments dérivés doit être pris en considération.

6e alinéa

6 Sont déterminants en matière de respect de l'obligation de couverture et de limites, les engagements qui, pour l'institution de prévoyance, peuvent découler, dans le cas le plus extrême, des instruments financiers dérivés lors de leur conversion en sous-jacent.

En ce qui concerne l'obligation de couverture, cela signifie qu'une couverture intégrale doit être maintenue en permanence pour les positions sur dérivés indépendamment de la probabilité de fourniture et d'acquisition des sous-jacents.

Dans le cas des instruments ayant un profil asymétrique (comme par ex. les options), pour lesquels l'engagement économique (définition, cf. les commentaires relatifs au 4e alinéa) peut varier de manière significative, est déterminant pour l'évaluation. des limites, l'engagement économique maximal ou minimal possible résultant de la conversion en sous-jacent (pour l'examen de la limite maximale, les options call achetées doivent, par exemple, être comptabilisées à la valeur vénale des sous-jacents).

7e alinéa

7 Tous les instruments financiers dérivés non échus doivent figurer intégralement dans les comptes annuels.

Des informations doivent être fournies sur les instruments dérivés en cours, c'est-à-dire non échus (ouverts) lors de la clôture des comptes, de telle manière que l'organe compétent puisse contrôler le respect des dispositions susmentionnées et se faire une idée de la valeur et de la structure des placements de la fortune, compte tenu de tous les instruments dérivés non échus.

Les indications devant être fournies en vertu du 7e alinéa le seront essentiellement dans l'annexe aux comptes annuels. A cet effet, des directives particulières (à élaborer) pourront être utiles à la pratique. Il y a toutefois lieu de conserver sciemment la marge de manœuvre permettant la réalisation adéquate et responsable de l'objectif de l'ordonnance.

3.4 Article 59, 1er alinéa, 1ère phrase OPP 2 (révisé)

1 L'institution de prévoyance peut dans un cas particulier s'écarter des normes fixées aux articles 53 à 55, 56a, 1er et 5e alinéas, ainsi qu'à l'article 57 à la condition que: ...

Les possibilités d'écarts mentionnées dans la version actuelle de l'article 59, 1er alinéa OPP 2 sont également utilisables par analogie dans le cas des produits dérivés. En conséquence, les alinéas 1 et 5 de l'article 56a sont également insérés dans l'article 59, 1er alinéa OPP 2. Ce dernier alinéa ne subit pas d'autres modifications.

4. Champ d'application et entrée en vigueur

Dans la mesure où les modifications et compléments de l'OPP 2 se fondent sur les articles 51 (gestion paritaire) ou 71, 1er alinéa LPP (administration de la fortune), leur champ d'application est limité aux institutions de prévoyance professionnelle enregistrées. Toutefois, ces nouvelles prescriptions peuvent avoir également des répercussions indirectes dans le domaine hors obligatoire. En effet, d'une part, le droit cantonal en vigueur (resp. la pratique de l'OFAS) permet de rendre applicables les dispositions ad hoc de l'OPP 2 aux institutions non enregistrées. D'autre part, une révision de l'OPP 2 a sans doute valeur d'exemple.

Pourtant, il faudra créer dans de brefs délais une base juridique générale en procédant à une révision de la LPP (éventuellement dans le cadre de la discussion sur l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité). Les solutions fédéralistes en matière de comptabilité, d'établissement des comptes et de placements de la fortune des institutions de prévoyance professionnelle ne sont plus de mise. C'est une conclusion qui s'impose en particulier après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage et de celle sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

L'entrée en vigueur des modifications et des compléments apportés à l'OPP2 est fixée au 1er juillet 1996. C'est pourquoi, il y a lieu de prendre en considération ces nouvelles dispositions déjà pour l'établissement des comptes annuels 1996 des institutions de prévoyance.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 36

du 16 septembre 1996

TABLE DES MATIERES

Indications

202 Modification des prescriptions de l'OPP 2 relatives à la comptabilité et aux placements / utilisation des instruments financiers dérivés

Jurisprudence

203 Contrôle de l'affiliation des employeurs

204 Rente d'invalidité et droit intertemporel

205 Calcul du salaire coordonné à prendre en considération pour le montant de la rente d'invalidité

206 Prestation de libre passage et retraite anticipée

207 Aggravation du degré d'invalidité et augmentation de la rente

Affaire interne

208 Organigramme de la prévoyance professionnelle (non publié)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

202 Modification des prescriptions de l'OPP 2 relatives à la comptabilité et aux placements 1 utilisation des instruments financiers dérivés

Dans la dernière édition (édition spéciale no 35 du 20 mai 1996 J, nous vous avons présenté les prescriptions modifiées de l'OPP 2 dans les domaines susmentionnés et vous avons indiqué que des directives spécifiques seraient publiées ultérieurement à ce sujet.

Recommandations
En rapport avec ces modifications de l'ordonnance, un groupe d'experts a élaboré entretemps des recommandations (et non plus des directives) qui ont été présentées à la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle. Ces recommandations dont le but est d'apporter aux institutions de prévoyance une aide en vue de l'application correcte de ces nouvelles prescriptions seront publiées le 15 octobre 1996. Les premières on trait aux nouvelles exigences en matière de comptabilité et d'établissement des comptes (cf. art. 47 OPP 2) et les secondes à l'utilisation des instruments financiers dérivés (art. 56a OPP 2).

Ces recommandations seront publiées dans la publication intitulée "Aspect de la sécurité sociale" no 3/96 et pourront être obtenues à partir du 15 octobre 1996 auprès de l'office central fédéral des imprimés et du matériel, 3003 Berne (numéro de commande: 318.010.3/96 alf/i). Elles ne seront toutefois disponibles en langue italienne qu'à partir du début du mois de décembre.

Journées d'information (congrès)
En collaboration avec l'Association de spécialistes en gestion de la prévoyance professionnelle en faveur du personnel (VVP), l'OFAS organise trois journées d'information destinées à présenter ces modifications de l'OPP 2 et les recommandations qui s'y rattachent. Les deux premières se dérouleront en allemand, à Zurich, les 16 et 24 octobre 1996 et la troisième en français, à Lausanne, le 24 octobre 1996. Nous vous renvoyons, pour ce qui est du déroulement de ces journées, au prospectus joint en annexe. Un exemplaire des recommandations y sera distribué à chaque participant.

Jurisprudence

203 Contrôle de l'affiliation des employeurs

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 28 septembre 1995, en la cause OFAS contre C.B.)
(article 11 LPP, directives du 21 novembre 1989 sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à la LPP)

L'article 11 LPP prévoit que chaque employeur qui occupe des salariés soumis à l'assurance obligatoire et ne fonde pas sa propre institution de prévoyance

enregistrée, est tenu de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance. Cette norme sert de référence quant à la procédure à suivre en vue du contrôle de l'affiliation.

Dans ce sens, l'OFAS a édicté des dispositions d'application sous forme de directives (directives du 7 mai 1986, modifiées le 21 novembre 1989 sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle).

Dans le cas d'espèce, il s'agissait non pas d'une nouvelle affiliation, mais d'une réaffiliation d'un employeur qui avait déjà été affilié une caisse de pension. A cet égard, les directives du 21 novembre 1989 de ('OFAS précisent que, dans de tels cas, les caisses de compensation peuvent directement annoncer l'employeur auprès de l'institution supplétive sans passer par la procédure prévue à l'art. 11 LPP (dénonciation à l'autorité de surveillance, puis après sommation, demeurée vaine, annonce du cas à l'institution supplétive, cette dernière statuant d'office sur l'affiliation).

Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît le souci de l'OFAS de simplifier la procédure ordinaire. Il souligne la lourdeur de la procédure légale, non sans conséquences pour les assurés et également la légitimité de vouloir l'alléger. Les juges fédéraux relèvent cependant que le texte clair de l'art. 11 LPP ne saurait donner lieu à aucune autre interprétation et que, dès lors, même en cas de simple réaffiliation, le mécanisme de contrôle prévu par la loi doit être respecté, car elle ne comporte aucune lacune en l'espèce.

Par conséquent, les directives du 21 novembre de l'OFAS concernant le contrôle de la réaffiliation des employeurs, qui sont contraires au texte de l'art. 11 LPP, doivent être abrogées avec effet immédiat.

204 Rente d'invalidité et droit intertemporel

(Référence à l'arrêt du 121 V 97)
(Art. 23 et 26 LPP; art. 331 a CO)

Dans cette affaire, l'assuré C. a subi une incapacité de travail en avril 1991. Le 1er janvier 1992, un nouveau règlement est entré en vigueur. Ce nouveau règlement modifiait sensiblement les dispositions relatives à l'invalidité, en prévoyant notamment des prestations plus étendues. C. a versé des cotisations supplémentaires calculées sur la base du nouveau règlement.

C. a perçu un salaire intégral jusqu'en décembre 1991 et ensuite une indemnité journalière en cas de maladie jusqu'en septembre 1992, de 80% de son salaire. A partir du 1er avril 1992, C. a reçu une rente d'invalidité de l'AI. La caisse de pension lui a alors alloué une rente d'invalidité dès le 1er avril 1992, calculée sur la base de son règlement en vigueur au début de son incapacité de travail (avril 1991) qui était, en l'occurrence, moins favorable. C. a assigné la caisse de pension en paiement d'une rente d'invalidité calculée sur la base du règlement en vigueur dès le 1er janvier 1992, et le Tribunal administratif du canton de Genève lui a donné raison par jugement du 1er novembre 1994. La caisse a recouru au Tribunal fédéral des assurances qui a rejeté le recours pour les motifs suivants.
Le Tribunal rappelle d'abord que, selon les principes généraux, en cas de changement de règles de droit, on applique les dispositions en vigueur lors de la

réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, ce qui est aussi valable pour un règlement d'institution de prévoyance. La seule exception en est une disposition transitoire contraire (rétroactivité impropre).

En matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de rappeler ce principe (confirmation de la jurisprudence de l'ATF 117 V 221).

Il restait alors à définir, s'agissant de la rente d'invalidité, la notion de l' "état de fait qui a des conséquences juridiques", dont découle le droit à prestations, pour savoir s'il y a lieu de s'arrêter au moment de l'incapacité de travail ou au contraire au moment où celle-ci donne droit aux prestations. Le Tribunal fédéral a jugé que l'incapacité de travail dont il faut tenir compte n'est pas le début de celle-ci, car il s'agit-là d'un événement isolé, mais de l'incapacité comme telle qui est un état de fait durable et qui perdure jusqu'au moment où naît le droit aux prestations. Dès lors, ce sont les règles applicables au moment où naît le droit qui font foi et non celles qui étaient en vigueur au moment où est survenue l'incapacité de travail.

Le Tribunal fédéral écarte également l'article 23 LPP qui prévoit que le droit aux prestations ne naît que lorsque la personne était assurée au moment où est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. Cette disposition ne prévoit nullement que ce moment coïncide avec la naissance du droit à une rente au sens de l'article 29, 1er alinéa, lettre b, LAI. Cette disposition sert uniquement à définir la survenance de l'incapacité de travail pour éviter des lacunes de couverture d'assurance, notamment si l'employeur, en raison de la maladie, résilie les rapports de travail avant le délai de carence d'une année. De même, l'article 23 LPP permet de régler les compétences entre institutions de prévoyance, en cas de changement d'institution.

Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que le changement de règlement n'implique pas un changement de contrat de prévoyance, car il n'y a pas conclusion d'un nouveau contrat, mais uniquement modification unilatérale du règlement par la Fondation.

205 Calcul du salaire coordonné à prendre en considération pour le montant de la rente d'invalidité

(Référence à l'arrêt du TFA dans la cause R., du 22 mars 1996)
(Art. 24 al. 2, art. 24 al. 3 LPP et art. 18 OPP 2)

L'assuré a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité calculée sur la base du salaire coordonné perçu pendant la période d'activité durant l'année en cours et transformé en salaire annuel.

Ayant recouru pour qu'il soit constaté que son salaire était en réalité inférieur à celui qu'il aurait pu percevoir sans l'atteinte à la santé, le TFA a fait remarquer que, sur la base de l'article 18 OPP 2, le salaire coordonné à prendre en considération peut être calculé de trois manières. En l'occurrence, il y a lieu de se fonder sur le règlement de l'institution de prévoyance. Si ce dernier prévoit de tenir compte d'un salaire coordonné qui se fonde sur une moyenne des salaires réalisés au cours des 12 mois qui ont précédé l'invalidité, la caisse ne peut projeter le salaire réalisé sur une plus

courte période et le transformer en salaire annuel. Il y a lieu d'appliquer l'article 18 alinéa 2 OPP 2.

En revanche, si au cours de la période considérée, le salaire diminue de manière notable pour cause de maladie, il faut appliquer l'article 18 alinéa 3 OPP 2 pour déterminer le salaire coordonné à prendre en considération pour le calcul de la rente.

206 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Référence à l'arrêt du TFA dans la cause R.V., du 28 février 1996)
(Art 13 et 27 al. 2 (ancien) LPP et 331 b al. 1 (ancien) CO)

Dans cette affaire, l'assuré R.V. est arrivé à l'âge de la retraite réglementaire et son employeur a mis fin, à cette occasion, aux rapports de travail. R.V., s'estimant encore en pleine forme, n'a pas voulu bénéficier d'une retraite anticipée, mais a voulu percevoir son avoir de vieillesse sous forme de prestation de libre passage payée en espèces, afin de financer la fondation de sa propre entreprise.

Invoquant l'arrêt 120 V 306, la caisse a refusé d'accéder à la demande de l'assuré. Le Tribunal cantonal lui a donné raison. L'assuré a porté l'affaire au Tribunal fédéral des assurances qui a confirmé sa jurisprudence antérieure. L'OFAS avait, à cette occasion, soulevé le point de savoir ce qu'il adviendrait si l'assuré était forcé à prendre une retraite anticipée pour des motifs de restructuration économique et qu'il avait trouvé un nouvel emploi; dans cette hypothèse, la prestation à lui verser ne devrait-elle pas être la prestation de libre passage? Le TFA n'a pas statué sur cette question qui ne se posait pas dans le cas d'espèce.

207 Aggravation du degré d'invalidité et augmentation de la rente

(Référence à l'arrêt du TFA dans l'affaire P. (en italien), du 1er mars 1996)
(Art. 23 et 24 al. 1 LPP, 14 et 15 OPP 2,7 al. 2 OLP (ancien)

L'assurée P. a été mise au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité pour un degré d'invalidité de 50%, en 1987. Le contrat de travail a été résilié la même année. En 1992, vu la péjoration de l'état de santé, elle a été mise au bénéfice d'une rente entière de l'AI et a demandé à pouvoir percevoir une augmentation de la rente d'invalidité de la caisse de pension. Cette dernière a refusé, arguant le fait qu'elle avait continué à administrer la partie "valide" de l'avoir de vieillesse en vue d'une éventuelle activité partielle et que, dès lors, elle ne pouvait que verser cette dernière partie sous forme de prestation de libre passage, en espèces.
Le tribunal de 1ère instance a ordonné à la caisse de pension de verser une rente entière, se référant à la jurisprudence du TFA en la matière (118 V 45). La caisse a recouru motif pris qu'il s'est écoulé une longue période entre l'invalidité partielle et totale et qu'elle devait être libérée de l'obligation de verser une rente complète.
Le TFA a confirmé sa jurisprudence citée ci-dessus. Si le degré d'invalidité subit une modification qui agit de manière déterminante sur le droit à la rente, celle-ci devra, à l'avenir, être réduite ou augmentée en conséquence. Les articles 14 et 15 OPP 2 ne s'appliquent donc pas à une modification du degré d'invalidité, mais uniquement à un nouveau cas d'assurance. La caisse est donc tenue de verser une rente supérieure si le degré d'invalidité s'aggrave, quelle que soit la période comprise entre le moment où l'assuré a bénéficié la première fois de la rente et l'aggravation de l'invalidité.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 37

du 11 décembre 1996

TABLE DES MATIERES

Indications

209 Entrée en vigueur de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité

210 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1997

211 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1997

212 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1997

213 Modification de l'OPP 3: Cession au conjoint de droits de prévoyance

214 Modification de l'OPP 2, OPP 3, OFG 2 et OLP au 1er janvier 1997

Prises de position de l'OFAS

215 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement

216 Calcul de la surassuance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce

217 Rachat lors de l'entrée dans une institution de prévoyance

Jurisprudence

218 Arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W. – fondation P. de libre passage

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

209 Entrée en vigueur de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité au 1er janvier 1997

Le 17 décembre 1993, le conseiller national Paul Rechsteiner déposait, sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, l'initiative parlementaire "Amélioration de la couverture en cas d'insolvabilité dans la prévoyance professionnelle". Le Parlement a approuvé la modification de loi le 21 juin 1996 (FF 1996 III 51 ss) et le Conseil fédéral a décidé le 25 novembre 1996 de la mettre en vigueur. L'entrée en vigueur sera échelonnée à partir du 1er janvier 1997.

Contenu de la révision partielle
La disposition-clé de la nouvelle réglementation est l'article 56, 1er alinéa, lettre c, LPP. Désormais, la couverture en cas d'insolvabilité offerte par le fonds de garantie LPP est étendue aux domaines surobligatoire et préobligatoire de la prévoyance professionnelle. Ne sont toutefois garanties que les prestations réglementaires qui reposent sur des rapports de prévoyance auxquels la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage est applicable (voir à ce sujet l'art. 1, 2e al., LFLP). L'étendue des prestations est limitée aux prestations à fournir sur la base du salaire AVS déterminant jusqu'à concurrence d'un montant équivalent à une fois et demie le montant-limite supérieur prévu à l'article 8, 1er alinéa, LPP (art. 56, 2e al., LPP). En principe, dans le domaine hors-obligatoire, seules des prestations - et non d'éventuelles cotisations impayées - sont couvertes par le fonds de garantie, comme c'est le cas dans le domaine obligatoire.

Lors de l'élaboration du projet, s'est posée la question de savoir si l'article 34quater, 1er alinéa, lettre d, de la constitution fédérale est une base suffisante pour étendre aux indépendants la protection en cas d'insolvabilité dans le domaine hors-obligatoire. Le Parlement a estimé que l'article constitutionnel mentionné n'excluait pas une égalité de traitement entre indépendants et salariés. Les indépendants peuvent donc aussi faire valoir un droit à des prestations du fonds de garantie (art. 56, 2e al., let. c, en corrélation avec l'art. 56, 3e al., LPP).

Jusqu'ici, les conditions définissant l'insolvabilité d'une caisse de prévoyance étaient fixées au niveau de l'ordonnance (art. 7, 2e al., de l'ordonnance sur l'administration du fonds de garantie LPP, RS 831.432.3). Désormais, l'article 56, 3e alinéa, LPP crée la base légale nécessaire à cet effet. Dans un arrêt du 27 janvier 1989, le Tribunal fédéral avait déjà critiqué l'étroitesse de la base légale et demandé que la LPP soit modifiée en conséquence.

L'article 56, 4e alinéa LPP, donne au Conseil fédéral le droit de définir les conditions préalables auxquelles est subordonné le versement des prestations. Celles-ci doivent être adaptées à l'extension des tâches du fonds de garantie. Il faut relever qu'en cas d'abus, le fonds de garantie n'assure aucune garantie des prestations (art. 56, 5e al. LPP).

Vu les nouvelles tâches assignées au fonds de garantie LPP, l'article 59 LPP règle de façon nouvelle le financement. Le fonds de garantie LPP est désormais financé

par les institutions de prévoyance qui lui sont affiliées, soit par l'ensemble des institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (voir aussi art. 57 LPP). Ainsi, le cercle des institutions soumises à l'obligation de contribuer au financement du fonds de garantie s'élargit. Le Conseil fédéral est compétent pour régler le système de contribution.

Le projet contient également des dispositions transitoires concernant les nouvelles prestations du fonds de garantie.

Extension du champ d'application des prescriptions en matière de placement ainsi que des dispositions pénales de la LPP
Sur proposition du Conseil fédéral – proposition que les Chambres fédérales ont adopté sans discussion – l'article 89bis, 6^{e} alinéa, CC a été complété par l'adjonction des articles 71 LPP sur l'administration de la fortune et 75 à 79 LPP (dispositions pénales). Cela signifie que les prescriptions sur le placement de la fortune selon l'OPP 2 (RS 831.441.1) et les dispositions pénales de la LPP s'appliquent désormais également à toutes les fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées au sens de l'article 89bis CC.

Entrée en vigueur de la révision partielle
Le Conseil fédéral a décidé d'échelonner l'entrée en vigueur de la révision de loi. A l'exception de l'article 59 LPP relatif au financement, tous les articles modifiés entrent en vigueur le 1er janvier 1997. Cette révision satisfait ainsi à une préoccupation urgente de politique sociale, à savoir élargir la couverture en cas d'insolvabilité. L'article 59 LPP actuel continue pour l'instant à s'appliquer. Une commission d'experts de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle prépare actuellement un nouveau système de prélèvement des cotisations. L'article 59 LPP révisé ainsi que les modifications de l'ordonnance rendues nécessaires par la révision entreront en vigueur à une date ultérieure. Pour l'instant, ce sont donc uniquement les institutions de prévoyance enregistrées qui financent les nouvelles prestations du fonds de garantie LPP dans le domaine hors-obligatoire.

210 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1997
(art. 59 LPP)

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé le taux de cotisation de 0,06 pour cent (anciennement: 0,04 pour cent) de la somme des salaires coordonnés de tous les assurés demandé par le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP pour l'année 1997. Le taux de cotisation est ainsi relevé de 0,02 pour cent. Ce relèvement est nécessaire en raison de la situation économique tendue et de l'extension prévue de la couverture en cas d'insolvabilité.

Jusqu'ici, le taux de cotisation proposé par le Conseil de fondation du fonds de garantie LPP était soumis à l'approbation du Conseil fédéral. L'ordonnance sur l'attribution de nouvelles compétences de décision dans l'administration fédérale, en vigueur depuis le 1er août 1996, a attribué cette compétence à l'OFAS.

Le fonds de garantie LPP fournit les prestations légales lorsqu'une institution de prévoyance est insolvable et verse des subsides aux institutions de prévoyance dont la

structure d'âge est défavorable. Par ailleurs, il couvre le défaut de capital des institutions de prévoyance en cas de liquidation partielle ou totale résultant de l'application de la loi sur le libre passage. Il dédommage en outre l'institution supplétive pour certains coûts. Dès le 1er janvier 1997, les prestations du fonds de garantie LPP en cas d'insolvabilité s'étendent aussi aux prestations réglementaires dépassant les prestations légales. En 1997, l'obligation de cotiser continue à s'appliquer uniquement aux institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle (voir le chiffre 209 ci-dessus).

211 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1997

(art. 2, 7, 8 et 46 LPP; art. 7 OPP 3)

Le 13 novembre 1996, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 97 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1997. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, la limite inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 970 à 995 francs à partir du 1er janvier 1997, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

a. pour la prévoyance professionnelle

- Salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	23'880 fr
- Déduction de coordination(art. 8, al. 1 LPP)	23'880 fr
- Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	71'640 fr
- D'où salaire coordonné maximum	47'760 fr
- Salaire coordonné minimum (art. 8 al. 2 LPP)	2'985 fr

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1997. Cette publication peut, dès fin décembre 1996, être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3000 Berne.

b. pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées sous lettre a. ci-dessus a pour effet d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

- en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP 3)	5'731 fr

- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP 3) jusqu'à 20 % du revenu provenant d'une activité lucrative, au plus 28'656 fr

212 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1997

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, á partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.
L'indice générale des prix à la consommation établi par l'OFS sur la base de mai 1993 = 100 est appliqué pour la première fois.

Dès le 1er janvier 1997, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1993** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **3,2 %.**

Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.
Au 1er janvier 1997, pour cette raison, les rentes de survivants et d'invalidité qui ont été versées pour la première fois avant l'année 1993 seront adaptées comme il suit:

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation subséquente au 1.1.1997
1985 - 1991	1.1.1995	**2,6 %**
1992	1.1.1996	**0,6 %**

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

213 Modification de l'OPP 3: Cession au conjoint de droits en matière de prévoyance

(art. 4 OPP 3)

1. Dans son message du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse dont notamment la révision totale du droit du divorce, le Conseil fédéral avait déjà signalé l'absence de possibilité de céder entre conjoints les droits aux prestations de vieillesse du pilier 3a. Il avait manifesté son intention de résoudre ce problème par le biais d'une modification prochaine de l'ordonnance, indépendamment de la révision du droit du divorce (FF 1996 I 105, chiff. 233.43).

La modification en question, décidée par le Conseil fédéral le 9 décembre 1996, avec effet au 1er janvier 1997, tient compte de cette demande, basée d'ailleurs sur un large consensus et appuyée par différentes interventions politiques.

2. Les biens acquis par l'un des conjoints dans le cadre du pilier 3a (prévoyance individuelle liée bénéficiant d'avantages fiscaux) ou du pilier 3b sont réglementés par le droit des régimes matrimoniaux (art. 196 ss CC). Ceci implique qu'en cas de dissolution du régime matrimonial, les biens existants doivent être partagés, indépendamment de la forme de prévoyance choisie (épargnes bancaires, épargnes sous forme d'assurance), conformément aux dispositions du droit des régimes matrimoniaux. L'article 2 OPP 3 prévoit cependant une réglementation spéciale en matière de droits de prévoyance qui s'applique en cas de dissolution du régime par suite du décès du preneur de prévoyance.

Bien que les calculs auxquels donne lieu la liquidation du régime matrimonial doivent tenir compte des montants ainsi épargnés, ceux-ci ne peuvent pas être cédées au conjoint en cas de liquidation d'un régime matrimonial du fait de la teneur actuel de l'article 4 OPP3. Cette disposition interdit en effet, de manière générale, de céder, de mettre en gage ou de compenser les droits aux prestations (référence à l'art. 39 LPP). Cette situation peu satisfaisante implique que le conjoint débiteur qui ne dispose pas d'autres éléments de fortune doit solliciter des délais de paiement (cf. art. 218 CC) ou demander un prêt pour s'acquitter de sa dette. Il convient donc d'assouplir cette interdiction de cession prévue par l'article 4 OPP 3, d'autant plus que, selon l'article 3 OPP 3, le versement par anticipation des prestations de vieillesse est possible, par exemple lorsque le preneur de prévoyance entreprend une activité lucrative indépendante ou acquiert un logement en propriété. En cas de cession de droits entre conjoints, il faut cependant veiller à ce que ces droits soient maintenus dans la prévoyance vieillesse.

3. La rédaction du nouvel article 4, 3e alinéa, OPP 3 est le fruit d'une étroite collaboration de l'Office fédéral des assurances sociales, de l'Office fédéral de la justice et de l'Administration fédérale des contributions. Le 9 septembre 1996, cet article a fait l'objet d'une discussion approfondie au sein de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle qui l'a approuvé à une large majorité. L'article en question ne débouche pas sur de nouvelles prérogatives afférentes au droit du mariage ou à celui du divorce. Il met simplement en jeu de nouvelles modalités de paiement en assouplissant l'interdiction de céder un bien entre époux. Cet article prescrit néanmoins de verser les fonds de la prévoyance qui ont été cédés à une institution conforme à l'OPP 3, pour autant qu'aucune des circonstances mentionnées à l'article

3 OPP 3 ne justifie un versement anticipé des prestations de vieillesse à l'époux ayant droit.

La cession entre époux des droits aux prestations de vieillesse doit toujours être possible lorsque le régime matrimonial est dissous pour un autre motif que le décès. En cas de décès de l'un des conjoints en revanche, la solution particulière de l'article 2 OPP 3 garde toute sa validité. On n'a pas précisé, en vue d'une solution simple et réalisable, sur quels droits la cession pouvait porter. Ainsi, pour éviter que des questions difficiles en matière de délimitation ne se posent, on n'a justement pas fait la distinction entre les droits matrimoniaux et les droits relatifs au divorce. De cette manière, ce n'est pas le fondement juridique des droits qui permet de conclure à la cession.

Du point de vue de l'application pratique de la cession, les épargnes bancaires de par leur nature ne posent aucun problème particulier. Quant aux épargnes sous forme d'assurance, comme dans toute assurance formatrice de capital c'est la valeur calculable de rachat de la police qui est déterminante. A l'instar du retrait des fonds du pilier 3a pour acquérir un logement, l'application concrète de la cession peut s'inspirer pour les détails de la pratique de l'assurance. La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle est également de cet avis. Il faut partir du principe que le montant cédé sera placé dans une nouvelle assurance ou une autre forme admise de prévoyance professionnelle liée (2e pilier ou pilier 3a). Par ailleurs, on établira généralement pour celui qui a cédé ses droits une nouvelle police d'assurance dont le montant aura fait l'objet d'une réduction correspondante. Aucune forme particulière n'est requise pour la cession. On applique en l'espèce l'article 165, 1er alinéa, CO qui suppose un accord écrit.

214 Modification de l'OPP 2, OPP 3, OFG 2, OLP au 1er janvier 1997

Le Conseil fédéral a effectué différentes adaptations, valables dès le 1er janvier 1997, concernant les ordonnances mentionnées. Il s'agit des adaptations suivantes:

1. Adaptations rédactionnelles à la législation sur le libre passage et l'encouragement à la propriété du logement
Dans les articles 11, 14, 15, 16 et 19 de l'OPP 2 et l'article 8 OFG 2, il est fait référence, pour des raisons différentes, aux articles 28, 29, 30 et 40 LPP. Ces dispositions ont été abrogées par la LFLP et la législation sur l'encouragement à la propriété du logement, voire remplacées par d'autres dispositions. Les dispositions des ordonnances en question sont adaptées sur le plan rédactionnel aux nouvelles réglementations.

2. Adaptations à la législation sur la 10e révision de l'AVS
Article 3, 1er alinéa, OPP 3 et article 16, 1er alinéa, OLP: il est question, dans ces deux articles, de l'âge ordinaire de la retraite dans l'AVS. La 10e révision de l'AVS, qui relèvera par étapes l'âge de la retraite des femmes, comporte ainsi une divergence par rapport à l'article 13, 1er alinéa, LPP. La modification de l'ordonnance a pour but de ne faire référence qu'à l'article 13, 1er alinéa, LPP, pour parvenir à une solution uniforme s'appliquant à la fois au 2e et au 3e piliers.

3. Adaptation aux recommandations de la Commission de gestion du Conseil des États (CdG)

Article 17, 2e et 3e alinéas, OPP 2 (taux de conversion): La règle qui permet de déroger au taux de conversion de 7,2% pour les rentes de vieillesse, afin de permettre à l'institution de prévoyance de résorber des découverts, constitue, de l'avis de la CdG, une illégalité, car l'article 14, 2e alinéa, LPP prévoit seulement cette possibilité si les excédents qui en résultent servent à améliorer les prestations.

Le 2e alinéa de l'article 17, et le 3e alinéa, qui se rapporte explicitement au 2e alinéa, sont ainsi abrogés.

4. Corrections apportées à l'OLP

Article 16, 2e alinéa, OLP: le sens de cet alinéa varie selon la traduction dans les différentes langues nationales. La traduction a été adaptée conformément à l'intention de l'auteur de l'ordonnance. Cette disposition vise à permettre à la personne assurée de choisir de demander le versement anticipé de la prestation de vieillesse. C'est ce qui ressort désormais de tous les textes.

Prises de position de l'OFAS

215 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement

1. Versement anticipé pour la construction du logement
(articles 1, al.1, let.a, 4, 6, al.2 OEPL)

Ni la loi, ni l'ordonnance ne fournissent de précisions quant au moment où l'institution de prévoyance peut ou doit effectuer le versement anticipé en cas de construction d'un logement. Le commentaire de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (cf. bulletin de la prévoyance professionnelle no 30, p. 25) indique seulement que l'assuré n'a aucun droit légal à l'octroi de crédits de construction de la part de l' institution de prévoyance car une telle obligation entraînerait pour elle un surcroît de travail administratif trop important. On a ainsi voulu éviter que les institutions de prévoyance aient à se charger de la gestion d'un crédit de construction avec toutes les opérations de contrôle que cela implique.

A notre avis, un assuré bénéficiant d'un crédit de construction de la part d'une banque peut exiger de son institution de prévoyance qu'elle procède au versement anticipé auprès de la banque en question déjà dans le cadre du crédit de construction, pour autant bien évidemment que cette dernière accepte d'intégrer ce montant dans un tel crédit et qu'elle s'engage à le gérer avec la même diligence que les fonds qu'elle avance sous forme de prêt à son client.
De même, un assuré déjà propriétaire du terrain à bâtir et qui ne veut pas avoir recours à un crédit de construction, doit pouvoir bénéfier d'un versement anticipé déjà dans le cadre de la construction de l'ouvrage afin de pouvoir par exemple, payer l'entrepreneur en charge des travaux après le gros oeuvre comme c'est l'usage dans le domaine de la construction.

Cette opinion repose sur l'article premier, al.1, let. a de l'ordonnance qui prévoit précisément l'utilisation des fonds de la prévoyance professionnelle pour *construire* un logement en propriété et sur l'article 6, al. 2 de ladite ordonnance qui indique à qui le montant demandé doit être versé par l'institution de prévoyance (vendeur, *entrepreneur*, prêteur...). En pareil cas, il est en outre bien clair que la condition posée par l'article 4 de l'ordonnance concernant les propres besoins ne peut pas être remplie durant la durée des travaux de construction. Elle doit l'être en revanche sitôt le logement construit et susceptible d'être habité. Une certaine souplesse s'impose en l'occurrence (cf. à ce propos, l'extrait du bulletin susmentionné, p. 25 in fine).

2. Remboursement du versement anticipé par les héritiers de l'assuré
(art. 30 d, 1er al., let. c. LPP)

L'article 30 d, 1er alinéa, let. c LPP stipule que les héritiers de l'assuré ont l'obligation de rembourser un versement anticipé si, en cas de décès de ce dernier avant l'âge de la retraite, *aucune prestation de prévoyance n'est exigible*. De notre point de vue, cette disposition impose aux héritiers en question l'obligation de rembourser ledit versement anticipé uniquement s'ils ne peuvent prétendre à aucune prestation *légale* ou *réglementaire* en cas de décès de l'assuré.

Ainsi, dans une caisse de prévoyance appliquant la prévoyance minimale LPP, les héritiers sont tenus de rembourser le versement anticipé lorsqu'aucune rente LPP n'est due au décès de l'assuré, à savoir, ni une rente de veuve, ni une(des)rente (s) d'orphelin.
Dans une institution de prévoyance enveloppante octroyant, en vertu du règlement, en cas de décès d'un affilié, un capital-décès à ses héritiers, seuls les héritiers qui acquièrent la propriété du logement en vertu du droit des successions et qui ne peuvent prétendre à l'octroi d'un tel capital-décès seront tenus de rembourser le versement anticipé.

3. Etranger titulaire d'un permis B ou C et versement anticipé

Le bulletin de la prévoyance professionnelle no 32 du 21 avril 1995 (chiffre marginal 188, ch. 5 , p. 6 et 7) précise que dans le cas de l'étranger qui se trouve en Suisse au bénéficie d'un permis B ou C mais dont la famille (femme et enfants) habite dans le pays d'origine et qui se rend régulièrement auprès d'eux, on peut considérer que le lieu de séjour habituel de cet assuré est à l'endroit ou vit sa famille et lui verser le montant du versement anticipé pour son logement à l'étranger. Pour que l'on puisse considérer que le lieu de séjour habituel de cet assuré est à l'endroit où vit sa femme et ses enfants, *il faut donc qu'il se rende régulièrement auprès d'eux*. Il faut entendre par là qu'il s'y rende chaque fois qu'il le peut compte tenu des circonstances professionnelles, géographiques et financières mais à tout le moins une fois par an durant ses vacances annuelles.

4. Versement anticipé dans le cas de participations sous forme d'acquisition d'actions d'une société anonyme de locataires (art. 3, let. b. OEPL)

Les parts sociales et les certificats de participation similaires doivent être déposés auprès de l'institution de prévoyance compétente jusqu'au remboursement, jusqu'à la survenance du cas de prévoyance ou jusqu'au paiement en espèces (art. 16, al.3 OEPL). L'exigence du dépôt des titres auprès de l'institution de prévoyance doit être respectée pour que cette dernière puisse verser les fonds anticipés requis par l'assuré pour la propriété du logement. Sans dépôt des titres, l'institution de prévoyance ne peut pas effectuer de versement anticipé.
Lorsqu'un assuré acquiert un logement par le biais de l'achat d'actions d'une société anonyme de locataire, il n'est pas rare de constater que lorsqu'il fait sa demande de versement anticipé auprès de son institution de prévoyance, les actions en question se trouvent déjà nanties auprès de sa banque en garantie d'un prêt octroyé par cette dernière pour lui permettre cet achat.
Il importe donc, dans un tel cas, que l'assuré qui a déjà obtenu de sa banque un tel prêt ou qui souhaite en obtenir un trouve avec celle-ci d'autres modalités que le nantissement des actions afin de garantir ce prêt. Si cette forme d'acquisition d'un logement implique l'achat de plusieurs actions, une solution envisageable serait de nantir une partie des actions auprès de la banque et une autre partie auprès de l'institution de prévoyance à concurrence des montants respectifs obtenus par l'une et l'autre. L'on pourrait aussi envisager un arrangement entre la banque et l'institution de prévoyance aux termes duquel cette dernière garderait en dépôt les actions en question pour le compte de la banque.

5. Montant du versement anticipé en cas de copropriété et en cas de propriété commune avec son conjoint (art. 2, al.2, let. b et c OEPL)

Le montant du versement anticipé peut-il être limité à la valeur de la part de copropriété de l'assuré ou à la moitié de la valeur de l'objet en cas de propriété commune avec son conjoint ? La réponse à cette question vaut bien entendu également pour le remboursement d'une dette hypothécaire dans le cas de ces deux formes de propriété.
Force est de constater qu'en l'espèce, ni la loi, ni l'ordonnance ne limitent expressément le montant du versement anticipé disponible dans le cas de ces deux formes de propriété. Toutefois, le but et l'esprit de cette législation nouvelle dans le domaine de la prévoyance professionnelle est de permettre à un assuré "d'investir" son capital de prévoyance dans un bien immobilier qu'il habite personnellement et dont il peut, sous l'angle des droits réels, disposer librement seul. A l'exception de la propriété commune admise uniquement entre époux, l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle ne doit en aucun cas servir à "financer" un bien immobilier propriété d'un tiers, même si ce tiers est le conjoint (cf. bulletin de la prévoyance professionnelle no 30 du 5.10.1994, commentaire de l'OEPL, ad. art. 2, p. 26).

Dans le cas de la copropriété, la liberté de disposer ne porte que sur la part de copropriété dont l'intéressé est titulaire et par conséquent uniquement à concurrence de la valeur de sa quote-part. Or, remettre à une personne assurée, à titre de versement anticipé, un montant supérieur à la valeur de sa part de copropriété équivaut à financer la part de copropriété de ce tiers. En cas de réalisation forcée de la part de copropriété de ce tiers, le risque existe alors pour la personne assurée de perdre une partie de ses fonds de prévoyance ainsi investis. A notre avis, il est donc conforme au but et à l'esprit de la LFEPL de limiter le montant d'un versement anticipé à la valeur de la quote-part de copropriété.

En revanche, en cas de propriété commune avec le conjoint, il n'y a pas lieu, à notre avis, de limiter le montant du versement anticipé à la moitié de la valeur de l'objet immobilier dans la mesure où l'assuré est juridiquement propriétaire, tout comme son conjoint d'ailleurs, de la totalité de ce bien (art. 652 CC)et non pas seulement d'une partie de ce celui-ci (il n'y a en l'occurrence pas de quote-part).

Il est bien clair que si tous deux sont assurés dans le cadre du 2ème pilier et peuvent de ce fait prétendre à l'octroi d'un versement anticipé, le montant obtenu par l'un des conjoints limitera forcément celui auquel pourra prétendre l'autre conjoint puisqu'ils ne peuvent obtenir en demandant tous deux un versement anticipé plus que le montant de la valeur du bien immobilier. Enfin, en cas dissolution de la propriété commune, chacun des époux aura droit au montant du versement anticipé qu'il aura personnellement investi.

216 Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce

Si l'assuré a perçu un versement anticipé ou lorsqu'une partie de la prestation de libre passage acquise pendant le mariage est versée sur le compte du conjoint, lors

de la réalisation du risque invalidité ou décès, comment doit-on calculer la prestation au regard de la surassurance:

a. Doit-on prendre en considération lors du calcul de la surassurance la rente complète, c'est-à-dire sans réduction suite au versement anticipé ou au transfert en cas de divorce, et ensuite procéder à une éventuelle réduction proportionnelle à la rente effectivement réduite ou, au contraire

b. Doit-on se fonder sur la rente réduite et comparer cette rente à l'ensemble des rentes versées par les autres assurances sociales?

L'OFAS est d'avis que le calcul doit se fonder sur la base des prestations effectives versées à l'assuré, c'est-à-dire la rente réduite à la suite d'un versement anticipé ou d'une ponction en cas de divorce, dans le cadre de la prévoyance minimale obligatoire; alors que, dans la prévoyance plus étendue, l'institution de prévoyance reste libre de faire le calcul comparatif comme elle l'entend.

En effet, l'art. 24 OPP2 prévoit que la compensation s'effectue sur des prestations de remplacement d'un but et d'un type analogues. Or, la prestation de libre passage ne peut être considérée comme telle. Le législateur n'a pas expressément mentionné la prestation de libre passage dans la disposition en cause, lors de l'introduction de la LFLP et de la loi sur l'encouragement à la propriété du logement c'est donc qu'il n'a pas voulu les y assimiler. Faute de base légale, le calcul ne peut donc être opéré selon la lettre a.

D'autre part, la méthode de calcul de la surassurance en se fondant sur la rente non réduite risquerait de léser deux fois l'assuré qui non seulement ne pourra percevoir qu'une prestion réduite, mais encore devra subir une nouvelle diminution due à la surassurance.

217 Rachat lors de l'entrée dans une institution de prévoyance

Les assurés qui entrent dans une nouvelle institution de prévoyance au cours de l'année qui suit leur sortie de l'ancienne institution doivent en informer l'institution de libre passage. Celle-ci transfert le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée (art. 12 OLP).

L'assuré peut-il être réglementairement tenu, après l'échéance de ce délai d'une année, de verser à la nouvelle institution de prévoyance, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée, des avoirs déposés dans des institutions de libre passage? Une telle obligation réglementaire est illicite.

Tant que l'ancienne institution de prévoyance détient la prestation de sortie, elle est tenue par la loi de la verser à la nouvelle (art. 3, 1er al., LFLP). Dans de tels cas, il existe une obligation de transfert même si plus d'une année s'est écoulée depuis la sortie (selon l'art. 4, 2e al., LFLP, la prestation de sortie peut théoriquement rester déposée auprès de l'ancienne institution de prévoyance jusqu'à deux ans après la survenance du cas de libre passage).

Si l'assuré a maintenu sa prévoyance sous forme d'un compte de libre passage ou d'une police de libre passage conformément à l'article 4, 1er alinéa, LFLP, on peut se demander s'il existe une obligation de transfert en cas d'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance. Cette question est tranchée par l'article 12, 2e et 3e alinéas, de l'ordonnance sur le libre passage qui fixe un délai: lorsque l'assuré entre dans une nouvelle, l'institution de libre passage au cours de l'année qui suit sa sortie de l'ancienne, l'institution de libre passage doit transférer le capital de prévoyance à la nouvelle institution de prévoyance jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire au financement de la prestation d'entrée. Au-delà de ce délai, il n'existe aucune obligation légale de transfert.

En vertu de l'article 9, 2e alinéa, LFLP, l'institution de prévoyance doit donner à l'assuré qui entre la possibilité de racheter toutes les prestations réglementaires. Selon le message relatif à la LFLP, l'article 9 LFLP donne le droit à l'assuré d'apporter l'intégralité de sa prévoyance acquise dans la nouvelle institution. En d'autres termes, l'assuré a la possibilité de choisir. Le règlement d'une institution de prévoyance ne peut, à l'encontre du texte clair de l'article 9, 2e alinéa, LFLP, priver l'assuré de ce choix; il ne peut prévoir une obligation qui aille à l'encontre du droit accordé par la loi. Cela reviendrait en effet à léser de manière illicite le nouvel arrivé. Dans son article 12, 2e alinéa, l'ordonnance sur le libre passage indique d'ailleurs de manière impérative quand il y a obligation de transfert.

Jurisprudence

218 Un affilié à une fondation bancaire de libre passage ne peut saisir les autorités compétentes en vertu des articles 73 et 74 LPP en cas de litiges de nature contractuelle

(Référence à un arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W– fondation P de libre passage)
(art. 73, 74 LPP, art. 25, 26 LFLP; art. 10 OLP)

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) examine à nouveau la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP en cas de litige opposant un affilié à une institution servant au maintien de la prévoyance conformément à l'OLP. Il faut savoir que dans deux jugements antérieurs (arrêt H-B du 6 mars 1996, publié dans Plädoyer 1996/3, p. 74 et dans SVR 1996 no 51, p. 151, et arrêt R du 29 novembre 1994, partiellement publié dans la RSAS 1996, p. 161), le TFA a admis sa compétence en pareil cas. Dans l'arrêt cité en exergue, le TFA revient sur sa jurisprudence et dénie cette fois-ci la compétence des autorités visées aux articles 73 et 74 LPP. Il motive sa décision de la manière suivante:

Le TFA constate tout d'abord que les fondations bancaires de libre passage s'apparentent fortement aux fondations bancaires du 3e pilier A. Cette similitude réside tant dans la nature contractuelle des relations qui prévaut entre les parties qu'au caractère individuel de ces deux formes admises de prévoyance.

En second lieu, les institutions de libre passage (fondations bancaires, institutions d'assurance) ne fournissent pas de prestations LPP, voire de prestations plus étendues. Elles ne sont pas non plus organisées, financées et administrées conformément à la LPP (pas de gestion paritaire, d'organe de contrôle, de prestations du fonds de garantie LPP) et ne sont pas non plus soumises aux autorités de surveillance prévues à l'article 61 LPP. Ces institutions ne sont donc pas des institutions de prévoyance au sens des articles 48 et 49 LPP, resp. 89bis CC. Une extension de l'article 73 LPP impliquant une assimilation des institutions de libre passage aux institutions de prévoyance serait en outre inconciliable avec la loi.

Enfin, le TFA souligne que les litiges portant sur le montant d'un avoir bancaire auprès d'une fondation de libre passage ne concernent pas les prestations d'assurance mais relèvent bien plus de l'exécution par une fondation de libre passage d'un contrat de libre passage conclu dans le cadre de l'OLP.

En d'autres termes, on peut partir de l'idée, vu les principes mentionnés ci-dessus, que les fondations bancaires de libre passage échappent aux dispositions de la LPP et qu'elles sont simplement soumises, quant à la surveillance, aux dispositions du CC (cf. art. 84 CC). C'est également au juge civil de se prononcer en cas de litige portant sur le montant d'une prestation contractuelle de libre passage. Finalement, l'étendue des prestations, que ce soit en cas de vieillesse, de décès, d'invalidité ou en cas de sortie de l'institution, dépend des éléments du contrat de prévoyance, voire du règlement de la fondation bancaire de libre passage.

Cela dit, il se pose entre autres la question de savoir si c'est bien la volonté du législateur d'individualiser le maintien de la prévoyance au sens de ce jugement, et, dans le cas contraire, dans quelle mesure appartient-il à notre office de corriger l'OLP. Toutes ces questions méritent d'être examinées à la lumière de cette nouvelle jurisprudence.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 38

du 12 mars 1997

Edition spéciale

Contenu

– Indications concernant l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle de personnes au chômage
– Texte de l'ordonnance dans sa version non officielle
– Commentaire
– Annexe 1: effets d'ordre financier et exemples de calcul
– Annexe 2: dispositions de la LPP modifiées par la LACI

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs

Le Conseil fédéral a, dans sa séance du 3 mars 1997, adopté l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs et fixé l'entrée en vigueur au 1er juillet 1997.

En vue d'informer rapidement les assurés et les institutions de prévoyance, le texte de l'ordonnance en question est publié dans cette édition spéciale – en version inofficielle – accompagné des commentaires y relatifs.

Cette ordonnance se fonde sur l'article 22a alinéa 3 LACI (nouveau), lequel sert de base légale, avec l'article 117a LACI pour les dispositions modifiées de la LPP (cf. annexe) en matière de prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

L'application de cette prévoyance incombe aux caisses de chômage et à la Fondation Institution supplétive. En ce qui concerne les institutions de prévoyance, ce projet implique que les personnes qui quittent une institution de prévoyance doivent être rendues attentives à la nouvelle prévoyance obligatoire en cas de chômage (cf. art. 8 al. 2 LFLP). En outre, elles ont également la possibilité de leur indiquer que les personnes qui quittent l'assurance obligatoire peuvent poursuivre la prévoyance ou seulement la prévoyance vieillesse à titre facultatif (art. 47 al. 1 LPP). Cette protection de la prévoyance peut soit être maintenue auprès de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente, dans la mesure où son règlement le permet ou auprès de l'institution supplétive.

Version non officielle

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire de personnes au chômage

du 3 mars 1997

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'article 22a, 3e alinéa de la loi sur l'assurance-chômage (LACI) du 25 juin 1982[1] et l'article 97, 1er alinéa de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) du 25 juin 1982[2],

arrête:

Article premier Personnes assurées

1 Sont assurées à titre obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité les personnes au chômage qui

a. satisfont aux conditions du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage en vertu de l'article 8 LACI ou touchent des indemnités conformément à l'article 29 LACI, et qui

b. réalisent un salaire coordonné journalier aux termes des articles 4 ou 5.

2 Ne sont pas assurées les personnes qui sont déjà assurées selon l'article 47 alinéa 1 LPP au moins dans la même mesure que si elles étaient assurées conformement à cette ordonnance.

Art. 2 Couverture d'assurance

1 L'assurance commence à l'échéance du délai d'attente selon les articles 18, 1er alinéa, 11, 2e alinéa, et 14, 4e alinéa, LACI.

2 Les personnes pour lesquelles le droit à l'indemnité est suspendu sont assurées (art. 30 LACI).

Art. 3 Principes applicables pour déterminer le salaire coordonné

1 Les montants-limites définis aux articles 2, 7 et 8 LPP sont partagés par 260,4 (montants-limites journaliers). Les montants-limites applicables aux personnes qui

---

[1] RS **837.0;** RO **1996** 273
[2] RS **831.40**; RO **1996** 273

présentent un degré d'invalidité de 50% au sens de la loi sur l'assurance-invalidité[3] seront réduits de moitié.

2 Les salaires provenant de gains intermédiaires (art. 24 LACI), de programmes d'occupation (art. 72 LACI) ou d'emploi à temps partiel (article 10 alinéa 2 lettre b LACI) réalisés durant une période de contrôle sont divisés par le nombre de jours contrôlés correspondant à une période de contrôle (salaire journalier).

Art. 4 Salaire journalier coordonné

1 Le salaire journalier coordonné doit être assuré.

2 Le salaire journalier coordonné équivaut à la différence positive obtenue en déduisant de l'indemnité journalière de chômage le montant de coordination calculé sur une base journalière au sens de l'article 3, 1er alinéa.

3 Si le salaire journalier coordonné n'atteint pas le montant calculé par jour selon l'article 8 alinéa 2 LPP, il doit être arrondi à ce montant.

Art. 5 Salaire journalier coordonné en cas de gain intermédiaire, en cas de programme d'occupation et travail à temps partiel

1 Le salaire journalier coordonné équivaut à la différence positive entre
a. le salaire journalier provenant d'une activité intermédiaire, d'un programme d'occupation ou d'une activité à temps partiel auquel on ajoute
b. la perte de gain donnant droit à une indemnité calculée sur un jour par analogie à l'article 3, 2e alinéa,
c. et le montant de coordination calculé sur un jour en vertu de l'article 3, 1er alinéa.

2 Si le salaire journalier provenant d'une activité intermédiaire, d'un programme d'occupation ou d'une activité à temps partiel au sens de l'article 2 alinéa 1 LPP, est assuré, il faut déduire du salaire coordonné journalier au sens de l'alinéa 1, le salaire coordonné journalier provenant d'un gain intermédiaire, d'un programme d'occupation ou d'une activité à temps partiel.

Art. 6 Salaire coordonné pour le calcul des prestations de décès et d'invalidité

1 Les prestations en cas de décès ou d'invalidité se calculent à partir du salaire coordonné de chaque période de contrôle dans laquelle l'évènement assuré se produit. Dans les cas où l'assuré ne peut donner suite à son obligation réglementaire de contrôle, en raison de l'évènement, on tiendra compte des jours de chaque période de contrôle antérieurs et jusqu'à la survenance de l'évènement en question.

2 Le montant des rentes se calcule sur la base de la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années manquantes depuis le début de l'assurance jusqu'à l'âge ouvrant le droit à la retraite, sans intérêts.

---

[3] RS **831.20**

Art. 7 Sortie de l'assurance obligatoire pour les chômeurs

Pour les assurés qui sortent de l'assurance obligatoire pour chômeurs (art. 2, al. 1bis LPP), le maintien de la prévoyance pour les risques décès et invalidité n'est possible que si les assurés :

a. ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire au sens de l'article 2, 1er alinéa ou soumis à nouveau selon l'alinéa 1bis LPP ou

b. n'ont pas la possibilité d'adhérer à l'assurance facultative au sens de l'article 44 ou de l'article 46 LPP.

Art. 8 Fixation du taux de cotisation

1 Pour les risques de décès et d'invalidité, le taux de cotisation des femmes et des hommes est de 5,28 % du salaire journalier coordonné.

2 L'institution supplétive contrôle régulièrement si le taux de cotisation couvre les frais et fait son rapport à l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT) au moins une fois par an. Si une adaptation du taux de cotisation doit être envisagée en fonction de l'évolution du risque, l'institution supplétive demande à l'OFIAMT de transmettre au Conseil fédéral sa proposition d'adaptation.

3 La demande de modification du taux de cotisation est transmise à l'OFIAMT au plus tard trois mois avant la date effective de l'adaptation.

4 L'institution supplétive établit une statistique sur les risques de décès et d'invalidité des personnes au chômage.

Art. 9 Cotisations

1 La personne au chômage et l'assurance-chômage se partagent les cotisations par moitié.

2 Les jours où la personne au chômage ne touche pas de prestations, la totalité des cotisations est à charge de l'assurance-chômage.

Art 10 Dispositions d'ordre fiscal relatives à la prévoyance des personnes au chômage

Les cotisations versées par des bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage sont déductibles des revenus soumis à l'impôt, pour les impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux.

Art. 11 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1er juillet 1997.

Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération,
Le chancelier de la Confédération,

Commentaire

d'ordonnance
sur la prévoyance professionnelle obligatoire de personnes au chômage

---

Article premier

L'article premier définit les conditions que les chômeurs doivent remplir aux termes de la loi sur l'assurance-chômage (LACI) et de la LPP pour être admis au rang d'assurés. Est assurée toute personne qui remplit les conditions du droit à l'indemnité selon l'article 8 LACI et qui atteint le salaire coordonné selon la LPP (art. 2, 7 et 8, LPP). Pour les bénéficiaires d'indemnités journalières, c'est l'institution supplétive qui est chargée de l'assurance (art. 22a, 3e al., LACI et art. 60, 2e al., lettre e, LPP).
L'article 29 LACI mérite qu'on s'y arrête. Si l'ancien employeur est astreint par jugement à faire des versements à la caisse de chômage après que des indemnités journalières de chômage aient déjà été versées, cela signifie qu'en réalité, l'assuré ne remplissait pas l'une des conditions du droit à l'indemnité définies à l'article 8 LACI au moment où ces versements compensaient sa perte de gain. Etant donné que du point de vue du droit des assurances sociales (LAVS, LAI, LAA), la protection est assurée, pour cette période aussi, par les déductions opérées sur ses indemnités de chômage, l'article 29 LACI doit figurer à l'article 2 de l'ordonnance, par analogie à l'article premier de l'ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage.

L'alinéa 2 devrait permettre d'éviter les doubles assurances. De cette manière, toutes les personnes au chômage sont exemptées de l'assurance-risques obligatoire si elles sont assurées au deuxième pilier au moins dans la même mesure (art. 47, 1er al., LPP). Ce cas peut se présenter lorsque des gens sont licenciés dans le cadre de la restructuration d'une entreprise, mais que celle-ci continue de leur verser les cotisations de la prévoyance professionnelle jusqu'à l'âge de la retraite. Ces personnes bénéficient ainsi d'une couverture d'assurance plus étendue que celle que pourrait leur offrir la présente ordonnance.

Article 2

Cet article règle l'étendue de la couverture d'assurance.

Aux termes de la loi sur l'assurance-chômage, tous les assurés doivent se soumettre à un délai d'attente général de cinq jours de chômage contrôlé (art. 18, 1er al., LACI) sans indemnisation et certaines catégories de chômeurs sont soumis à un délai d'attente supplémentaire spécial (art. 11, 2e al., et art. 14, 4e al., LACI). Ces délais d'attente ne peuvent être compensés (c'est à dire effacés) que par des jours de chômage pendant lesquels toutes les conditions du droit à l'indemnité selon l'article 8 LACI sont remplies (cf. art. premier de l'ordonnance). La formulation du 1er alinéa garantit ainsi implicitement que l'assurance ne commence à déployer ses effets qu'au moment où la personne au chômage remplit les conditions du droit à l'indemnité selon l'article 8 LACI (ou qu'elle touche des indemnités journalières au sens de l'art. 29 LACI) et qu'en plus, elle a subi le délai d'attente.

Aux termes du 2e alinéa, est également considérée comme assurée toute personne dont le droit à l'indemnité en vertu de l'article 30 LACI est suspendu. Dans un tel cas, bien que la personne assurée remplisse les conditions ouvrant droit aux prestations, aucune indemnité journalière n'est versée en raison de la suspension des indemnités de l'article 30 LACI. En revanche, l'assurance-chômage se charge du versement des cotisations durant cette période (cf. art. 9, 2e al.).

Article 3

L'article 3 énonce les principes de calcul du salaire coordonné

Le 1er alinéa règle la conversion des montants-limites selon la LPP en une période journalière. Selon l'article 22a, 1er al., resp. 3e al., LACI, on considère l'indemnité de chômage au sens de l'article 7, 2e alinéa, lettre a ou b, LACI comme salaire déterminant au sens de l'article 7, 2e alinéa, LPP pour le maintien de la couverture d'assurance pour les risques de décès et d'invalidité. L'indemnité de chômage est versée sous forme d'une indemnité journalière (art. 21 LACI) dont le montant sera déterminé à partir du salaire journalier en vertu de l'article 40b OACI. On ne considérera donc pas comme indemnité de chômage l'indemnité touchée durant un mois civil (correspondant à une période de contrôle), mais seulement l'indemnité convertie en un salaire journalier.
Pour définir le salaire coordonné, on se basera donc sur l'indemnité payée pour un jour de chômage contrôlé (période de paie au sens de l'art. 3, 2e al., OPP 2). On convertira donc les montants annuels mentionnés aux articles 2, 7 et 8, LPP en gains journaliers au sens de la LACI (= 12 x 21,7 [art. 40b OACI] = 260,4). En divisant le montant dit de coordination de 23'880 fr. par année (état au 1er janvier 1997) par 260,4, on obtient un montant journalier de 91 fr. 70. Les chômeurs dont l'indemnité journalière est supérieure à 91 fr. 70 sont donc soumis à l'assurance obligatoire.

On notera que le salaire annuel coordonné d'une personne assurée à la LPP s'élève au moins à 2'985 francs et au plus à 47'760 francs (état 1997). Plus précisément, le rapport entre le salaire soumis à l'AVS (synonyme ici de tous les revenus à prendre en compte pour fixer le salaire coordonné LPP d'une personne au chômage) et le salaire coordonné LPP est le suivant:

Salaire annuel soumis à l'AVS en francs	Salaire annuel coordonné en francs
0 < salaire AVS ≤ 23'880 23'880 < salaire AVS ≤ 26'865 26'865 < salaire AVS ≤ 71'640 71'640 < salaire AVS	0 2'985 salaire AVS./. 23'880 47'760

Converti en période d'un jour conformément au schéma de l'assurance-chômage, cela donne:

Salaire journalier soumis à l'AVS en francs	Salaire journalier coordonné en francs
0 < salaire AVS ≤ 91.70 91.70 < salaire AVS ≤ 103.20 103.20 < salaire AVS ≤ 275.10 275.10 < salaire AVS	0 11.20 salaire AVS ./. 91.70 183.40

Le 2e alinéa règle la conversion du revenu réalisé pendant une période de contrôle en période de versement des indemnités de chômage d'un jour de travail. On obtient le gain journalier en divisant le gain réalisé durant une période de contrôle par le nombre de jours contrôlés.

Article 4

Cet article règle les éléments de base du régime des indemnités journalières dans l'assurance-chômage.

Aux termes de l'art. 1, le salaire coordonné journalier doit être assuré par l'entremise de l'institution supplétive.

Ce salaire coordonné journalier est décrit à l'alinéa 2. On déduit le montant de coordination de 91 fr. 70 (cf. explications relatives à l'art. 3, 1er al.) de l'indemnité de chômage. Le résultat de ce calcul est le salaire journalier coordonné. Si le résultat de cette soustraction est un montant négatif, l'obligation d'assurance en vertu de la LPP tombe (cf. annexe: concernant l'article 4, exemples 1 à 4).

Le 3e alinéa se réfère au montant minimum qui doit être arrondi, conformément à la LPP, et assuré au moins selon le calcul du salaire coordonné au sens de l'article 8 alinéa 1. Si le salaire coordonné est également inférieur à 2'985 francs par an, soit 11.50 francs par jour (état au 1.1.97), il doit être arrondi à ce montant conformément à l'article 8 alinéa 2 LPP.

Article 5

L'article 5 précise les bases de calcul de l'assurance-risques en cas de gain intermédiaire, d'un programme d'occupation ou d'un travail à temps partiel de la personne au chômage.

La prévoyance professionnelle des personnes au chômage ne peut pas être réglée par analogie à l'article 46 LPP puisque cette disposition est fondée sur le caractère facultatif de l'assurance, et que l'interprétation de l'article 22a, 3e al., LACI exclut la liberté de choix. Pour déterminer le salaire coordonné global, il faut en particulier tenir compte aussi des revenus tirés de gains intermédiaires (= GI) ou de programmes d'occupation (PO) ou d'un travail à temps partiel (TTP), sinon la protection de l'assurance serait trop basse et l'on n'atteindrait pas l'objectif visé par

l'article 22a, 3e al., LACI. Il faut aussi éviter que des personnes réalisant un gain intermédiaire ou participant à un programme d'occupation soient moins bien traitées sur le plan de la LPP que des chômeurs qui ne touchent pas de gain intermédiaire et ne sont pas intégrés dans un programme d'occupation. Les personnes qui réalisent des GI ou sont en PO ou effectuent un TTP obtiennent une indemnité de chômage plus faible que si elles étaient sans GI ni PO ni TTP parce qu'on tient compte des revenus qu'elles tirent de ces activités. Cette indemnité de chômage réduite peut, le cas échéant, être inférieure au salaire coordonné si on ne tient pas compte des gains intermédiaires ou tirés des PO ou d'un TTP. Pour la protection LPP en faveur des chômeurs, il ne faut pas non plus s'écarter du principe selon lequel "il vaut toujours la peine de travailler".

La personne qui touche un gain intermédiaire est assurée en général selon l'article 2 LPP pour cette activité. Dans la mesure où elle touche un salaire suffisant pour être pris en compte par la LPP, cette personne est assurée pour la couverture des risques de vieillesse, de décès et d'invalidité en vertu de ses rapports de travail auprès de l'institution de prévoyance de son employeur temporaire. Pour ce qui est des indemnités journalières, elle est assurée auprès de l'institution supplétive pour la couverture des risques de décès et d'invalidité.

Pour déterminer le salaire coordonné sur lequel sera fondée l'assurance-risques, on additionne, aux termes du 1er alinéa, l'indemnité journalière réduite de l'assurance-chômage (perte de gain donnant droit à une indemnité [cf. art. 24, 2e al., LACI]) et les revenus tirés d'un gain intermédiaire (cela s'applique aussi par analogie en cas de programme d'occupation ou d'occupation à temps partiel), d'où on déduit le montant de coordination calculé sur un jour. Seul un montant final positif peut être pris en considération (cf. annexe : ad art. 5, 1er al., exemples 5 à 13).

Le 2e alinéa règle le cas d'une personne obligatoirement assurée pour son salaire intermédiaire, pour un programme d'occupation ou une activité à temps partiel. Pour calculer le salaire annuel, on tient également compte du gain intermédiaire, du programme d'occupation ou de l'activité à temps partiel. Il faut cependant éviter une double assurance.
Pour en assurer la coordination, on soustraira du salaire coordonné au sens du 1er alinéa, la part déjà soumise à l'assurance LPP et celle du salaire calculé par jour pour l'accomplissement de GI, de TTP ou de PO (cf. annexe: ad article 5, 2e alinéa; exemples 14 à 18). Cependant, dans ce cas, la personne assurée bénéficie d'une couverture de prévoyance plus importante que sans gain intermédiaire.
Aux termes de l'article 81b de l'OACI, l'indemnité spéciale touchée en cas de participation à un programme d'occupation au sens de l'article 72 LACI (cf. aussi l'art. 59b LACI) est versée au titre de salaire. L'organisateur du programme d'occupation a la qualité d'employeur pour ce salaire. C'est pourquoi l'assurance est réalisée de la même manière que s'il y avait gain intermédiaire. On applique les mêmes règles à l'emploi à temps partiel ainsi qu'à l'emploi intermédiaire.

Pour le surplus, l'employeur fournisseur de l'activité à temps partiel et l'institution de prévoyance à laquelle il est affilié ne seront touchés ni par le rapport d'assurance-risques confié à l'institution supplétive, ni par le financement des cotisations.

Article 6

Cette disposition étudie en détail les modalités du calcul des prestations adaptées à la situation particulière des personnes au chômage.

Selon le 1er alinéa, pour calculer la prestation de survivants et d'invalidité sur la base du salaire journalier coordonné, on se fonde sur chaque période de contrôle au cours de laquelle le cas d'assurance s'est réalisé. On tient compte ainsi du rapport effectif existant jusqu'au moment de la survenance de l'évènement assuré.
L'ordonnance révisée sur l'assurance-chômage (OACI) a supprimé les jours de timbrage en vigueur jusqu'ici (cf. art. 21ss OACI) ; c'est-à-dire que l'assuré doit se présenter auprès de l'organisme compétent seulement deux fois par mois pour un entretien de contrôle et une consultation. Lors de ce contrôle, les jours compris entre ce contrôle sont pré et post timbrés. La deuxième phrase de l'article 6 alinéa 1 s'assure que le calcul se fonde sur la base des jours de contrôle effectifs.

Selon le 2e alinéa, pour calculer les prestations de risque pour la période allant du début de l'assurance à l'âge ouvrant le droit à la retraite, seule l'extrapolation des futures bonifications de vieillesse est déterminante puisqu'il n'y a pas d'avoir de vieillesse pour cette assurance-risques.
Si l'on se base uniquement sur cette assurance-risques, cette manière de calculer peut cependant présenter un inconvénient majeur pour les chômeurs âgés qui ne sont que peu ou pas assez couverts. L'assurance-risques des chômeurs ne doit cependant pas seulement être examinée à la lumière de la situation actuelle. Il faut également tenir compte des avoirs de prévoyance issus du système de prévoyance antérieur qui devront être intégrés dans le calcul global sous forme de prestations de libre passage.

Article 7

Cet article vise à empêcher la double assurance. On limitera le maintien de la couverture d'assurance au sens de l'article 47, 2e al., LPP aux cas où les personnes au chômage qui sortent de l'assurance obligatoire pour les chômeurs (art. 2, 1er al. bis, LPP) ne sont pas immédiatement ou ultérieurement assujetties à l'assurance obligatoire (selon l'art. 2, 1er al., ou éventuellement de nouveau selon l'art. 1bis LPP) ou lorsqu'il y a possibilité d'affiliation facultative à l'assurance au sens des articles 44 ou 46 LPP.

Article 8

Le 1er alinéa fixe le montant du taux de cotisation. Selon l'article 22a LACI, c'est le Conseil fédéral qui fixe le montant des cotisations en se référant à la technique d'assurance (art. 22a, 3e al., LACI). Ce taux de cotisation appliqué par l'institution supplétive se base sur un tarif adopté par l'Office fédéral des assurances privées. Ensuite, l'institution supplétive déposera une demande auprès de l'OFIAMT à l'intention du Conseil fédéral (cf. 2e al.).
Conformément à la proposition de l'Union suisse des assureurs privés Vie (UPAV) du 3 juillet 1996 à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), le taux de cotisation est de 5,28% du salaire coordonné pour les hommes et les femmes (adopté par l'OFAP le 18 juillet 1996). Les frais administratifs sont compris dans ces cotisations.

L'égalité des primes se justifie sur la base du principe de l'égalité entre les sexes, conformément au principe constitutionnel d'égalité entre homme et femme (art. 4 al. 2 Cst.). Ainsi qu'il ressort des dispositions d'exécution du Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord-EEE du 24.2.1993[4], le principe de l'égalité de traitement doit également être valablement respecté par la Suisse, même en l'absence de contraintes de l'EEE, conformément à la norme constitutionnelle, dans le domaine des primes d'assurances[5]. S'agissant de la législation relative à l'assurance-accidents, une solution analogue existe (art. 92, 6e al., LAA)[6] ainsi que dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (cf. art. 61, en relation avec les art. 64 et 76 LAMal)[7] où l'égalité de traitement entre les deux sexes est réalisée en matière de primes.
L'égalité des primes fixées dans les dispositions en question correspond, en règle générale, à une conception juridique internationale qui fait autorité[8] et à des conventions multilatérales existantes[9] dans le cadre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les systèmes professionnels de sécurité sociale.

Les alinéas 2 à 4 énoncent les principes de modification du taux de cotisation. Il faut faire une estimation des besoins de cotisations à partir d'une statistique du risque. Le taux de cotisation doit être adaptable.

Article 9

L'alinéa 1er prévoit que la personne au chômage et la caisse de chômage se partageront les cotisations par moitié (cf. aussi art. 66, 1er al., LPP).
Le partage des cotisations par moitié correspond au financement paritaire selon la LPP. Une répartition différente des cotisations en faveur de la personne au chômage entraînerait une inégalité de traitement entre les assurés au chômage et ceux qui ne le sont pas.

Dans le sens d'une compensation en faveur de la personne au chômage, le 2e alinéa prévoit que l'assurance-chômage prendra en charge la totalité du montant ayant trait à la prévoyance professionnelle pendant les jours de suspension du droit à l'indemnité (cf. art. 2, 2e al.). Même si durant cette période de suspension, une personne assurée remplit les exigences donnant droit aux indemnités de chômage, ces indemnités ne sont par versées en raison de la suspension du droit aux indemnités (art. 30 LACI). La réglementation du 2e alinéa permet de garantir le versement de cotisations sans interruption et évite ainsi une couverture des risques réduite lors d'une éventuelle survenance du cas d'assurance.

---

4 FF 1993 I 800
5 FF 1992 IV 420ss
6 RS 1993 3136
7 RS 1995 1328; Message : FF 1992 I 77ss
8 Laurent André, Egalité en matière de sécurité sociale, Europe sociale no. 2/86, p. 112
9 Directives UE nos. 79/7 et 86/378

Article 10

Cette réglementation place les personnes au chômage au sens de l'article 2, 1er alinéa bis, LPP sur pied d'égalité avec les salariés et les indépendants qui cotisent à la prévoyance professionnelle. Les chômeurs ont donc eux aussi la possibilité de déduire leurs cotisations pour les impôts directs.

Annexe 1

Effets d'ordre financier et exemples de calcul

---

1. Effets d'ordre financier

De par la loi, les cotisations AVS/AI/APG (5,05%), dans certains cas celle de l' ACI (1,5% pour des revenus ne dépassant pas 97'200 francs) ainsi que, depuis le 1er janvier 1996, les cotisations ANP de l'AA (3,1%) sont déduites des indemnités de chômage. En raison du partage (art. 9, 1er al.) des cotisations conformément à l'article 8, 1er alinéa, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, on opère une déduction de 2,64% sur le salaire journalier coordonné. Ceci entraîne une déduction sur l'indemnité journalière allant de 0,3% (pour une indemnité journalière de 103 francs) à 1,76% (pour une indemnité journalière de 275.10 francs). Le total des déductions faites sur l'indemnité de chômage s'échelonne ainsi jusqu'à 11, 41%. Des taux de cotisations plus élevés peuvent être appliqués aux indemnités journalières réduites. Dans de tels cas, on devrait toutefois tenir compte de la totalité du revenu composé de l'indemnité journalière, du gain intermédiaire, de l'occupation à temps partiel et du programme d'occupation pour calculer la charge que représentent les déductions (cf. exemples ci-après).

En se basant sur les chiffres de 1996, on estime à 82 millions de francs les cotisations qui devront être versées pour l'assurance-risques de la LPP. **40 millions de francs seront à charge des chômeurs et 42 millions à charge de la caisse de chômage.** Sur les 42 millions de francs allant à la charge des caisses de chômage, 40 millions résultent de l'application de l'article 9 alinéa 1 et 2 millions de l'article 9 alinéa 2 (1 chômeur sur 6 doit en moyenne prendre en compte des jours de suspension. L'estimation des indemnités de chômage pour 1996 s'élevant à 4,3 milliards de francs, les chômeurs devront consacrer en moyenne 1% de leur indemnité de chômage à l'assurance-risques de la LPP.

2. Exemples de calcul du salaire journalier coordonné
(à assurer auprès de l'institution supplétive)

Tous les exemples partent des hypothèses suivantes:

- Les conversions de montants annuels ou mensuels en montants journaliers se font
  - en divisant par 21,7 le salaire mensuel assuré;
  - conformément à l'article 3 pour les autres montants.

- Il y a 20 jours contrôlés dans une période de contrôle.

- Le chômeur a droit à une indemnité journalière de 80 % (cf. art. 22 LACI); celle-ci est réduite de la manière suivante, selon l'arrêté fédéral sur le financement de l'assurance-chômage du 13.12.96 :
  Si le gain journalier dépasse le montant de Frs. 130.-, elle est réduite de 3%, au maximum cependant à Frs. 128.70. S'il atteint 130 francs ou moins, elle est réduite de 1 pourcent.

– En outre, la notion de "gain intermédiaire" est également valable pour la réalisation d'un gain intermédiaire (GI), un travail à temps partiel (TTP) et un programme d'occupation (PO).

La caisse de chômage définit pour chaque période de contrôle "le salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage" et le multiplie par le nombre de jours assurés au sens de l'article 2 qui correspondent à la période de contrôle. Elle calcule le 2,64 % de ce montant (cf. art. 9, 1er al.). Elle soustrait le montant ainsi obtenu de l'indemnité de chômage et le verse à l'institution supplétive avec l'autre partie financée par le fonds.

Ad article 4 – Seule l'indemnité journalière est assurée, pas le gain intermédiaire, ni le travail à temps partiel, ni le programme d'occupation.

Si l'indemnité journalière de chômage n'est pas supérieure à 91 fr. 70, l'assurance-risques LPP tombe (exemple 1). Si ce montant-limite de 91 fr. 70 est dépassé ne serait-ce que d'un centime, il y a assurance-risques sur la base d'un salaire journalier coordonné de 11 fr. 50 (exemple 2). L'exemple 3 illustre tous les cas pour lesquels l'indemnité journalière de chômage est au moins de 103 fr. 20, mais au plus de 275 fr. 10. L'exemple 4 démontre enfin que le salaire journalier coordonné ne peut pas dépasser 183 fr. 40.

Ad article 5, 1e alinéa – Le gain intermédiaire, le travail à temps partiel, et le programme d'occupation ne sont pas assurés.

Si le gain intermédiaire n'est pas assuré, mais qu'additionné à la perte de gain donnant droit à une indemnité convertie en jours (appelé ci-après indemnité journalière de chômage réduite), il est supérieur à 91 fr. 70, il y a une assurance-risques LPP financée pour ainsi dire "uniquement par l'indemnité journalière de chômage". Les exemples (5) 6 à 13 illustrent ces cas de figure.

Ad article 5, 2e alinéa – Le gain intermédiaire, le travail à temps partiel, et le programme d'occupation sont assurés .

Si le salaire intermédiaire est assuré, cela signifie que le salaire journalier réalisé par le biais du salaire intermédiaire est supérieur à 91 fr. 70. Le salaire journalier coordonné résultant du gain intermédiaire est donc au moins de 11 fr. 50, mais au plus de 183 fr. 40. Le salaire journalier coordonné obtenu à partir des indemnités journalières de chômage ne peut, quant à lui, dépasser 171 fr. 90 (= 183 fr. 40 ./. 11 fr. 50), cf. exemple 15. Mais il est tout à fait possible qu'il n'y ait pas de salaire journalier coordonné obtenu à partir des indemnités journalières de chômage (exemple 18). Les exemples 14, 16 et 17 illustrent tous les autres cas possibles.

		Exemple 1	Exemple 2	Exemple 3	Exemple 4
1.	Gain mensuel assuré (GA)	2'300.—	2'550.—	5'425.—	7'750.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	105.99	117.51	250.00	357.14
	Indemnité journalière de chômage (*)	***83.95***	***93.05***	***194.00***	***277.15***
2.	Indemnité journalière de chômage	83.95	93.05	194.00	277.15
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70	-91.70
		-7.75	1.35	102.30	185.45
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 4)	***---***	***11.50***	***102.30***	***183.40***
3.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**				
	- en tout	**---**	**0.61**	**5.40**	**9.68**
	- chômeur/euse	---	0.30	2.70	4.84
	- fonds	---	0.31	2.70	4.84

(*) 80% du gain journalier assuré, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

		Exemple 5	Exemple 6	Exemple 7
1.	Gain mensuel assuré (GA)	2'000.—	2'450.—	6'000.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	92.17	112.90	276.50
	Gain assuré durant la période de contrôle (gain journalier assuré x nombre de jours contrôlés)	1'843.—	2'258.—	5'530.—
2.	Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	1'000.—	1'000.—	1'000.—
	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire (art. 3, 2e al.)	***50.00***	***50.00***	***50.00***
3.	Gain assuré durant la période de contrôle	1'843.—	2'258.—	5'530.—
	./. Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	-1'000.—	-1'000.—	-1'000.—
	Perte de gain durant la période de contrôle	843.—	1'258.—	4'530.—
	Perte journalière de gain	42.15	62.90	226.50
	Indemnité journalière de chômage réduite (*) (art. 5, 1er al., let. b)	***33.40***	***49.80***	***175.75***
4.	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire	50.00	50.00	50.00
	Indemnité journalière de chômage réduite	33.40	49.80	175.75
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70
		-8.30	8.10	134.05
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 5, 1er al.)	***---***	***11.50***	***134.05***
5.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**			
	- en tout	**---**	**0.61**	**7.08**
	- chômeur/euse	---	0.30	3.54
	- fonds	---	0.31	3.54

(*) Perte de gain donnant droit à une indemnité:
80% de la perte journalière de gain, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

		Exemple 8	Exemple 9	Exemple 10
1.	Gain mensuel assuré (GA)	7'500.—	4'500.—	7'100.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	345.62	207.37	327.19
	Gain assuré durant la période de contrôle (gain journalier assuré x nombre de jours contrôlés)	6'912.—	4'147.—	6'544.—
2.	Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	1'000.—	2'000.—	2'000.—
	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire (art. 3, 2e al.)	***50.00***	***100.00***	***100.00***
3.	Gain assuré durant la période de contrôle	6'912.—	4'147.—	6'544.—
	./. Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	-1'000.—	-2'000.—	-2'000.—
	Perte de gain durant la période de contrôle	5'912.—	2'147.—	4'544.—
	Perte journalière de gain	295.60	107.35	227.20
	Indemnité journalière de chômage réduite (*) (art. 5, 1er al., let. b)	***229.40***	***85.00***	***176.30***
4.	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire	50.00	100.00	100.00
	Indemnité journalière de chômage réduite	229.40	85.00	176.30
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70
		187.70	93.30	184.60
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 5, 1er al.)	***183.40***	***93.30***	***183.40***
5.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**			
	- en tout	**9.68**	**4.93**	**9.68**
	- chômeur/euse	4.84	2.46	4.84
	- fonds	4.84	2.47	4.84

(*) Perte de gain donnant droit à une indemnité:
80% de la perte journalière de gain, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

		Exemple 11	Exemple 12	Exemple 13
1.	Gain mensuel assuré (GA)	4'250.—	7'375.—	7'600.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	195.85	339.86	350.23
	Gain assuré durant la période de contrôle (gain journalier assuré x nombre de jours contrôlés)	3'917.—	6'797.—	7'005.—
2.	Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	3'000.—	3'000.—	5'600.—
	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire (art. 3, 2e al.)	***150.00***	***150.00***	***280.00***
3.	Gain assuré durant la période de contrôle	3'917.—	6'797.—	7'005.—
	./. Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	-3'000.—	-3'000.—	-5'600.—
	Perte de gain durant la période de contrôle	917.—	3'797.—	1'405.—
	Perte journalière de gain	45.85	189.85	70.25
	Indemnité journalière de chômage réduite (*) (art. 5, 1er al., let. b)	***36.30***	***147.30***	***55.65***
4.	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire	150.00	150.00	280.00
	Indemnité journalière de chômage réduite	36.30	147.30	55.65
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70
		94.60	205.60	243.95
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 5, 1er al.)	***94.60***	***183.40***	***183.40***
5.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**			
	- en tout	**4.99**	**9.68**	**9.68**
	- chômeur/euse	2.49	4.84	4.84
	- fonds	2.50	4.84	4.84

(*) Perte de gain donnant droit à une indemnité:
80% de la perte journalière de gain, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

		Exemple 14	Exemple 15
1.	Gain mensuel assuré (GA)	4'500.—	7'150.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	207.37	329.49
	Gain assuré durant la période de contrôle (gain journalier assuré x nombre de jours contrôlés)	4'147.—	6'590.—
2.	Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	2'000.—	2'000.—
	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire (art. 3, 2e al.)	***100.00***	***100.00***
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70
		8.30	8.30
	Salaire journalier coordonné prov. d'une activité intermédiaire	***11.50***	***11.50***
3.	Gain assuré durant la période de contrôle	4'147.—	6'590.—
	./. Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	-2'000.—	-2'000.—
	Perte de gain durant la période de contrôle	2'147.—	4'590.—
	Perte journalière de gain	107.35	229.50
	Indemnité journalière de chômage réduite (*) (art. 5, 1er al., let. b)	***85.00***	***178.10***
4.	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire	100.00	100.00
	Indemnité journalière de chômage réduite	85.00	178.10
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70
		93.30	186.40
	Salaire journalier coordonné total	***93.30***	***183.40***
	./. Salaire journalier coordonné prov. d'une activité intermédiaire	-11.50	-11.50
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 5, 2e al.)	***81.80***	***171.90***
5.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**		
	- en tout	**4.32**	**9.08**
	- chômeur/euse	2.16	4.54
	- fonds	2.16	4.54

(*) Perte de gain donnant droit à une indemnité:
80% de la perte journalière de gain, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

		Exemple 16	Exemple 17	Exemple 18
1.	Gain mensuel assuré (GA)	4'250.—	7'375.—	7'600.—
	Gain journalier assuré (GA / 21,7)	195.85	339.86	350.23
	Gain assuré durant la période de contrôle (gain journalier assuré x nombre de jours contrôlés)	3'917.—	6'797.—	7'005.—
2.	Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	3'000.—	3'000.—	5'600.—
	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire (art. 3, 2e al.)	***150.00***	***150.00***	***280.00***
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70
		58.30	58.30	188.30
	Salaire journalier coordonné prov. d'une activité intermédiaire	***58.30***	***58.30***	***183.40***
3.	Gain assuré durant la période de contrôle	3'917.—	6'797.—	7'005.—
	./. Gain prov. d'une activité intermédiaire durant une période de contrôle	-3'000.—	-3'000.—	-5'600.—
	Perte de gain durant la période de contrôle	917.—	3'797.—	1'405.—
	Perte journalière de gain	45.85	189.85	70.25
	Indemnité journalière de chômage réduite (*) (art. 5, 1er al., let. b)	***36.30***	***147.30***	***55.65***
4.	Salaire journalier prov. d'une activité intermédiaire	150.00	150.00	280.00
	Indemnité journalière de chômage réduite	36.30	147.30	55.65
	./. Déduction de coordination par jour	-91.70	-91.70	-91.70
		94.60	205.60	243.95
	Salaire journalier coordonné total	***94.60***	***183.40***	***183.40***
	./. Salaire journalier coordonné prov. d'une activité intermédiaire	-58.30	-58.30	-183.40
	Salaire journalier coordonné provenant de l'indemnité journalière de chômage (art. 5, 2e al.)	***36.30***	***125.10***	***---***
5.	**Cotisation LPP à payer par jour contrôlé**			
	- en tout	**1.92**	**6.61**	**---**
	- chômeur/euse	0.96	3.30	---
	- fonds	0.96	3.31	---

(*) Perte de gain donnant droit à une indemnité:
80% de la perte journalière de gain, réduite selon l'arrêté fédéral du 13.12.1996

Annexe 2

22

Loi sur l'assurance-chômage
(LACI)

Modification du 23 juin 1995

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 29 novembre 1993[1)],
arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982[2)] sur l'assurance-chômage est modifiée comme suit:

Art. 1er, 2e al.

[2] Elle vise à prévenir le chômage imminent et à combattre le chômage existant par des mesures de marché du travail en faveur des personnes assurées.

Art. 2, 2e al., let. e

[2] Sont dispensés de payer des cotisations:
e. Les chômeurs pour les indemnités selon l'article 22*a*, 1er alinéa, ainsi que les caisses de chômage pour la part de l'employeur correspondante[3)].

Art. 3, 2e al.

[2] Lorsque la durée de l'occupation est inférieure à une année, le montant annuel maximum est calculé proportionnellement. Le Conseil fédéral règle les détails.

Art. 4, 1er et 2e al.

[1] Les cotisations s'élèvent à 2 pour cent du salaire déterminant (art. 3). Elles sont à parts égales à la charge du travailleur et de l'employeur. Les travailleurs dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations (art. 6 LAVS[4)]) paient la cotisation pleine et entière.

[2] Au besoin, le Conseil fédéral peut réduire le taux de cotisation, mais il ne peut le faire tant que le fonds de compensation est endetté.

1) FF **1994** I 340
2) RS **837.0**
3) Rectification du renvoi par la Commission de rédaction de l'Ass. féd. (art. 33 LREC).
4) RS **831.10**

Art. 22, 2e à 5e al.

[2] Une indemnité journalière s'élevant à 70 pour cent du gain assuré est octroyée aux assurés qui:
a. N'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants;
b. Bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 130 francs, et qui
c. Ne sont pas invalides.

[3] à [5] *Abrogés*

Art. 22a Cotisations versées aux assurances sociales

[1] L'indemnité prévue à l'article 7, 2e alinéa, lettre a ou b, est considérée comme salaire déterminant au sens de la LAVS[1)].

[2] La caisse déduit du montant de l'indemnité la part de cotisation due par le travailleur et la verse à la caisse de compensation AVS compétente avec la part patronale dont elle doit s'acquitter. Le Conseil fédéral peut régler la procédure en dérogeant aux dispositions de la LAVS.

[3] De même, la caisse déduit du montant de l'indemnité la part des cotisations à la prévoyance professionnelle, afin de garantir la couverture d'assurance en cas d'invalidité ou de décès de l'assuré, et la verse à l'institution supplétive de prévoyance professionnelle avec la part patronale dont elle doit s'acquitter[2)]. Le Conseil fédéral fixe le montant des cotisations en se référant aux principes de la technique des assurances, ainsi que la procédure.

[4] De même, la caisse déduit du montant de l'indemnité les primes de l'assurance-accidents non professionnels obligatoire et les verse à la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents. Aucune prime n'est prélevée pour les jours d'attente et de suspension. Le Conseil fédéral règle les détails et la procédure.

Art. 23, 1er, 2e et 4e al.

[1] Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum.

[2] Pour les assurés qui, au terme d'un apprentissage, touchent des indemnités de chômage, ainsi que pour les personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation, le Conseil fédéral fixe des montants forfaitaires comme gain assuré. Il tient compte en particulier de l'âge, du niveau de formation ainsi

1) RS **831.10**
2) Rectifié par la Commission de rédaction de l'Ass. féd. (art. 33 LREC).

Art. 113, 2e al., let. c à g et 3e al.

[2] Les cantons:

c. Instituent des offices régionaux de placement selon l'article 85*b*;
d. Instituent des commissions tripartites selon l'article 85*c*;
e. Règlent la procédure;
f. Veillent à instaurer une collaboration efficace entre les offices compétents en matière d'assurance et ceux dont relève le domaine du placement;
g. Désignent cinq jours fériés donnant droit à l'indemnité de chômage selon l'article 19.

[3] *Abrogé*

Art. 117a Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

La loi fédérale du 25 juin 1982[1)] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité est modifiée comme il suit:

Art. 2, titre médian et al. 1bis

Assurance obligatoire des salariés et des chômeurs

[1bis] Les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage sont soumis à l'assurance obligatoire en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité.

Art. 10, 1er et 2e al., première phrase, et 3e al., deuxième phrase

[1] L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail; pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, elle commence le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage.

[2] L'obligation d'être assuré cesse à la naissance du droit aux prestations de vieillesse, en cas de dissolution des rapports de travail, lorsque le salaire minimum n'est plus atteint ou que le versement d'indemnités journalières de l'assurance-chômage est suspendu. . . .

[3] . . . Si un rapport de prévoyance existait auparavant, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente.

Art. 26, 3e al., deuxième phrase

[3] . . . Pour les assurés qui sont astreints à l'assurance obligatoire selon l'article 2, alinéa 1bis, ou qui poursuivent volontairement leur prévoyance selon l'article 47, 2e alinéa, la rente-invalidité s'éteint au plus tard lors de la naissance du droit à une prestation de vieillesse (art. 13, 1er al.).

[1)] RS **831.40**

Art. 47 Interruption de l'assurance obligatoire

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

[2] L'assuré qui n'est plus soumis à l'assurance obligatoire selon l'article 2, alinéa 1bis, peut maintenir la prévoyance contre les risques de décès et d'invalidité dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive.

Art. 60, 2e al., let. e

[2] Elle est tenue:

e. D'affilier l'assurance-chômage et de réaliser la couverture obligatoire des bénéficiaires d'indemnités journalières annoncés par cette assurance.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 39

du 30 octobre 1997

TABLE DES MATIERES

Indications

219 Publication de recommandations spécifiques en italien

220 Versement des prestations de sortie non réclamées à l'institution supplétive

221 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1998

Prises de positions de l'OFAS

222 Indications concernant l'encouragement à la propiété du logement

223 Affiliation des chômeurs à la LPP pour les risques décès et invalidité

224 Effets du divorce sur les 2e et 3e piliers

Jurisprudence

225 Tâches de l'autorité de surveillance en cas de liquidation

226 Non transfert des cotisations

227 Récusation de juges

228 Licenciement économique et fonds libres

229 Portée de la déclaration d'une institution de prévoyance

230 Transformation d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse

231 Versement d'un capital de prévoyance à un personne vivant en concubinage (prévoyance plus étendue)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

219 Publication de recommandations spécifiques en italien

Dans le bulletin no 36 du 16 septembre 1996 (ch. marg. 202), nous vous avions signalé une nouvelle publication de notre office. Nous avons en effet publié des recommandations le 15 octobre 1996, en collaboration avec la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle. Depuis le 15 mai 1997, cette publication spécialisée est également disponible en italien et peut être commandée à l'OCFIM, 3003 Berne (fax 031/992 00 23/24), sous le numéro 318.010.3/96 i. Nous pensons que ces recommandations constituent une base solide d'application des nouvelles exigences en matière de comptabilité et d'établissement des comptes (cf. art. 47 OPP 2) et au plan de l'utilisation des instruments financiers dérivés (cf. art. 56a OPP 2).

220 Versement des prestations de sortie non réclamées à l'institution supplétive

Depuis le 1er janvier 1995, la loi sur le libre passage (LFLP) est en vigueur. Cette loi prévoit, à son article 4 alinéa 2 que si l'assuré qui n'entre pas dans une nouvelle institution de prévoyance n'a pas communiqué à l'ancienne la forme admise du maintien de la prévoyance qu'il a choisie, l'ancienne institution verse, **au plus tard deux ans** après la survenance du cas de libre passage, le montant de cette prestation, intérêts moratoires compris, auprès de l'institution supplétive.

Actuellement, à la fin 1997, le délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur de la LFLP expire. Cela signifie que les prestations de libre passage échues au 31 janvier 1995 doivent obligatoirement être versées à l'institution supplétive au 31 décembre 1997 si elles sont encore pendantes auprès des caisses de pension.

Nous attirons particulièrement l'attention des caisses de pension sur cette disposition. En effet, nous avons pu constater qu'il y a encore des institutions qui versent directement la prestation de sortie sur un compte de libre passage de leur choix. Cette pratique est interdite désormais par la LFLP. Il en est de même des institutions qui gardent ces avoirs auprès d'elle-même.

En outre, la prestation de sortie est frappée d'un **intérêt moratoire** dès son échéance, c'est-à-dire à partir du moment où l'assuré quitte l'institution de prévoyance (art. 2 al. 3 LFLP).

221 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour 1998

Le 30 septembre 1997, l'Office fédéral des assurances sociales a approuvé le taux de cotisation de 0,1 pour cent de la somme des salaires coordonnés. L'OFAS a ainsi donné suite à la requête du Conseil de fondation du Fonds de garantie LPP d'augmenter le taux de 0,06 à 0,1 pourcent. Ce relèvement était nécessaire en raison de la situation économique toujours tendue et de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1997, de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité; cette adaptation permettra,

avec la plus grande probabilité, de stabiliser le taux de cotisation jusqu'à l'introduction d'un nouveau système de perception des cotisations.

L'obligation de cotiser s'applique pour l'instant encore aux institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle. La cotisation se détermine en fonction de la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de cotiser pour les prestations de vieillesse. On appelle salaire coordonné la part du salaire annuel située entre 23 880 et 71 640 francs. Ce montant est donc de 47 760 francs au maximum.

L'extension de la couverture en cas d'insolvabilité aux prestations réglementaires (pré- et surobligatoires) a pour conséquence que le système de perception des cotisations devra être modifié très prochainement. Il est probable que toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage devront participer au financement.

Prises de position de l'OFAS

222 Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement

De nombreuses demandes relatives à la fonction et aux effets de la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP (cf. art 30e, 1er al. LPP) continuent à parvenir à notre office. Nous avons déjà donné des informations à ce sujet dans certains numéros de notre publication (Bulletin n° 31, chiffre 180; n° 32, chiffre 189). Après consultation de l'office chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (à l'office fédéral de la justice), nous apportons les éclaircissements suivants.

1 Liens entre la mention et des droits de gage

L'institution de prévoyance requiert la mention au registre foncier d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP lorsque l'un de ses assurés investit des moyens de la prévoyance professionnelle pour devenir propriétaire de son logement (cf. art. 30e. 2e al., LPP). La mention sert donc à garantir le but de la prévoyance puisque l'assuré ne peut disposer de la propriété que si la restriction du droit d'aliéner est radiée. Il découle également de la restriction que la radiation de la mention requiert l'assentiment de l'institution de prévoyance compétente.

La mention a un effet direct sur le pouvoir de disposer de l'assuré; elle a donc un caractère relatif, lié à la personne. Face à des tiers, la mention n'a qu'un caractère déclaratoire. Elle ne peut donc pas être assimilée à un droit de gage ni fonder un privilège de rang. De nouveaux droits de gage peuvent aussi être constitués après l'inscription de la mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP. Ces derniers prendront le rang qui leur revient au moment de la constitution, indépendamment de la mention ou le rang de la case vide dont ils occupent la place.

2 Radiation de la mention suite à une réalisation forcée

La mention d'une restriction du droit d'aliéner selon la LPP est radiée lorsque les versements anticipés ont été restitués à l'institution de prévoyance (cf. les autres

conditions citées à l'art. 30e, 3e al., LPP). Sans remboursement, il est exclu d'inscrire le changement de propriétaire dans le registre foncier. La mention limite donc seulement le droit que le propriétaire a de disposer de son logement ou de son bien foncier. La mention ne constitue cependant pas un obstacle au transfert de la propriété qui découle d'une réalisation forcée. Si le logement en propriété acquis avec des fonds de la prévoyance professionnelle est l'objet d'une réalisation forcée, la mention est radiée d'office si l'adjudicataire demande au registre foncier, sur présentation du procès-verbal d'enchères, que la propriété soit transférée à son nom (art. 78 en corrélation avec l'art. 18 et 61 ORF). Le registre foncier informe l'institution de prévoyance du transfert de propriété. Mais l'institution de prévoyance peut en être informée plus tôt puisque, conformément à l'art. 138 LP, les réalisations forcées font l'objet d'une publication officielle. C'est alors à elle de réclamer à l'assuré le produit de la vente, déduction faite des créances assurées en vertu du droit des hypothèques et des charges légales dont le vendeur doit s'acquitter (art. 30d, 5e al., LPP en corrélation avec l'art. 15 OEPL; voir aussi l'art. 331e, 8e al., CO).

223 Affiliation des chômeurs à la LPP pour les risques décès et invalidité

Un certain nombre de questions nous parviennent au sujet de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs (RS 837.174; OPPC, abréviation non officielle). Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1er juillet 1997. Afin de clarifier certains points obscurs, nous apporterons, au fur et à mesure des éclaircissements à travers ce bulletin.

1 le délai d'attente et les jours de suspension

Le délai d'attente est un délai fixé par la LACI au cours duquel tout nouveau chômeur n'a pas droit à des prestations de chômage. Ce délai est de 5 jours pour tout chômeur (art. 18 al. 1 LACI; sauf exceptions : art. 18 al. 1bis LACI) qui présente une demande de prestation de l'assurance-chômage. D'après la LACI, ce délai peut aller jusqu'à 12 mois au plus pour tout chômeur appartenant à la catégorie des personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14 al. 4 LACI). Dans ces cas, le Conseil fédéral est compétent pour fixer la durée du délai d'attente. Actuellement, selon l'art. 6 OACI, ce délai est de 120 jours pour les jeunes de moins de 25 ans sans obligations familiales et qui n'ont pas achevé leur formation professionnelle. Il reste à 5 jours pour les autres chômeurs libérés des conditions relatives à la période de cotisation. Le délai d'attente n'a lieu qu'une seule fois par délai-cadre (2 ans).

Durant ce délai, le chômeur **n'est pas** assujetti à la LPP (art. 2 al. 1 OPPC). En revanche, il reste assuré par l'ancienne caisse de pension, conformément à l'article 10 alinéa 3 LPP, durant un mois après avoir quitté l'institution de prévoyance.

Les jours de suspension, en revanche, sont des jours durant lesquels le chômeur subit une pénalisation en raison de son comportement vis-à-vis de l'assurance (p.ex.: recherches incomplètes de travail; dénonciation du contrat sans motifs valables). Les jours de suspension peuvent intervenir à tout moment au cours de la période de chômage (art. 30 LACI).

Durant une période de suspension, l'assuré **reste** assujetti au deuxième pilier. En revanche, il ne paie pas de cotisation, car il ne reçoit pas d'indemnités journalières. Afin d'éviter une rupture de la couverture d'assurance, c'est la caisse de chômage qui verse la totalité de la cotisation LPP pour l'assuré (art. 2 al. 2 OPPC).

A ce propos, le (nouveau) libellé de l'article 10 alinéa 2 LPP, modifié par l'introduction de la LACI modifiée du 23 juin 1995 peut prêter à confusion lorsqu'il précise que l'obligation d'être assuré cesse lorsque le versement d'indemnités journalières de l'assurance-chômage est "suspendu". Il s'agit-là de la fin du versement des indemnités journalières, à l'expiration du droit, et non des jours pendant lesquels l'assuré est frappé d'une mesure de suspension.

2 Calcul du salaire coordonné

La difficulté à laquelle s'est heurtée l'affiliation des chômeurs au deuxième pilier réside dans le fait qu'il s'agissait de coordonner l'application de deux systèmes fondamentalement différents: l'assurance-chômage connaît un salaire sous forme d'indemnités journalières alors que la LPP connaît un salaire annuel. Au cours de l'élaboration de l'ordonnance il fallait donc convertir le salaire annuel qui sert de base au calcul du salaire coordonné sur lequel sont perçues des cotisations en salaire journalier coordonné.

Pour ce faire, il a fallu déterminer les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP en montants-limites journaliers. Les montants-limites journaliers s'obtiennent ainsi en divisant les montants-limites des articles 2, 7 et 8 LPP par 260,4. On obtient ainsi des montants-limites journaliers de Fr. 91.70 (au minimum) et Fr. 275.10 (au maximum). L'indemnité journalière comprise entre ces deux fourchettes doit être assurée (Fr. 183.40).

Il a fallu encore introduire un calcul supplémentaire car l'assurance-chômage tient compte, dans le calcul de l'indemnité journalière, du gain intermédiaire, du salaire versé en cas de programme d'occupation et de l'activité à temps partiel. Le calcul est donc différent suivant si l'on ne verse que l'indemnité de chômage ordinaire ou si l'on est en présence d'un gain intermédiaire, d'un programme d'occupation ou d'une activité à temps partiel. Exemples:

a) salaire coordonné journalier en cas d'indemnité de chômage uniquement

Est assuré le montant de l'indemnité journalière de chômage qui dépasse le montant de Frs. 91.70 correspondant à la déduction de coordination journalière. Pour être soumis à l'assurance, il faut donc que l'indemnité de chômage soit supérieure à ce montant, ne fusse que de quelques centimes. Dans ce cas, le montant minimum assuré est de 11.50 frs au moins.

b) salaire journalier provenant d'un gain intermédiaire et d'une indemnité de chômage réduite

– Cas où le salaire journalier provenant d'une activité intermédiaire est inférieur à frs. 91.70:

On se base sur l'indemnité journalière de chômage. Est assuré le montant résultant du cumul de ce salaire journalier et de l'indemnité journalière de chômage qui dépasse 91.70 frs. ne fusse que de quelques centimes. Dans ce cas, le montant minimum assuré est de 11.50 frs et le montant maximum de 183.40 frs.

– Cas où le salaire journalier provenant d'une activité intermédiaire est supérieur à frs. 91.70:
  Sont assurés le salaire journalier provenant d'une activité intermédiaire et l'indemnité journalière de chômage. Le salaire journalier est assuré pour le montant qui dépasse frs. 91.70 (au minimum de 11.50 frs.). Il est assuré par l'employeur.

  Pour déterminer le montant de l'indemnité journalière de chômage qui est assuré, on procède de la manière suivante:
  – on additionne le salaire journalier et le montant de l'indemnité de chômage.
  – du total ainsi obtenu, on soustrait le montant de coordination journalier de frs. 91.70 et le salaire journalier coordonné provenant d'une activité intermédiaire déjà assuré.
  – Le montant ainsi obtenu correspond à l'indemnité journalière à assurer mais à concurrence de frs. 183.40 au maximum.

224 Effets du divorce sur les 2e et 3e piliers

1 Situation initiale

L'augmentation du nombre des divorces et celle des montants de la prévoyance liée pour les 2e ou 3e (a) piliers a conféré une plus grande actualité à la question de l'opportunité d'une répartition de ces avoirs. Qui plus est, ces créances en prestations futures représentent souvent les seuls actifs, ou du moins les plus importants, que le couple ait acquis durant le mariage. Vu l'interdiction de cession ou de mise en gage (voir art. 331c CO, art. 39 LPP, art. 4, 1er al., OPP 3) qui était applicable précédemment aux 2e et 3e (a) piliers, la répartition, en cas de divorce, des droits aux prestations en découlant n'était en principe pas admissible. En d'autres termes, la personne assurée jouissait d'une couverture financière entière, ou tout au moins partielle, le jour où elle avait droit aux prestations de la prévoyance professionnelle. Son conjoint, non assuré par contre, n'avait aucune couverture propre, ni avant ni après le divorce; la femme divorcée ne se voyait ainsi attribuer qu'une prestation minimale (cf. art. 19 LPP, en relation avec l'art 20 OPP 2). Cette situation pouvait, selon les circonstances, se traduire par des préjudices graves pour l'ancien époux non assuré, dès que l'un des risques - vieillesse, décès, invalidité - le frappait lui-même ou la personne assurée.
La révision du droit du mariage (entrée en vigueur en 1988) n'a pas non plus amélioré la situation de l'époux non assuré pour ce qui est d'une couverture propre en matière de prévoyance. En effet, les créances en prévoyance susmentionnées qui n'étaient pas encore échues ne faisaient pas partie des acquêts (cf. par ex. art. 197, 2e al., CC) et n'étaient par conséquent pas englobées, de par la loi, dans la liquidation des biens.

2 Modification de la situation juridique en 1995 et en 1997

2e pilier
L'article 22 de la loi sur le libre passage (LFLP), entrée en vigueur le 1er janvier 1995, constitue une sorte de réglementation transitoire dans la perspective de la révision prochaine du droit du divorce. Il autorise, à titre exceptionnel et sans que naissent de nouveaux droits, que dans le cas d'un divorce, une partie de la prestation de sortie acquise par un conjoint pendant la durée du mariage soit transférée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint ou versée sur un compte ou une police de libre passage au nom de ce dernier. Le juge peut fixer la part de la prestation de sortie devant être cédée à l'autre conjoint et ordonner son transfert dans la décision relative aux créances découlant du divorce. Cette disposition de cession peut toutefois aussi être incluse dans la convention de divorce (cf. Message du Conseil fédéral du 26.2.1992 concernant la loi sur le libre passage, ch. 635.3, pp. 67 s.).

Cette réglementation a pour objet de dédommager l'époux divorcé des expectatives et des créances de pension alimentaire selon les articles 151 et 152 CC en transférant une partie des prestations de sortie acquises pendant la durée du mariage; il convient de préciser que ces créances de prestations demeurent liées dans le 2e pilier. L'égalité entre les époux en rapport avec ces créances accumulées pendant le mariage n'en est pas pour autant réalisée. En fait, ce problème devra être réglé dans le cadre de la révision du droit du divorce actuellement en cours.

3e pilier a
Le 3e pilier, contrairement aux 1er et 2e piliers, est englobé dans le régime des biens matrimoniaux. En l'occurrence, le problème de la répartition des biens résidait jusqu'ici dans le fait que les montants économisés dans le cadre du 3e pilier a ne pouvaient être partagés entre les époux vu l'interdiction de cession. Cet obstacle a été levé dans une large mesure avec la suppression de cette interdiction intervenue le 1er janvier 1997. Indépendamment de la forme de prévoyance, les **droits aux prestations de vieillesse** peuvent désormais être cédés entre conjoints dans le cas d'un divorce ou lors d'une modification du régime matrimonial (le cas du décès restant excepté), et être attribués par le tribunal (cf. art. 4, 3e al., OPP 3).

Cette réglementation signifie notamment que, dans le cas d'une dissolution du régime matrimonial, les avoirs, indépendamment de la forme de prévoyance (épargne bancaire, assurance), doivent être partagés conformément aux dispositions sur le régime des biens matrimoniaux. La cession de créances sur les prestations de vieillesse entre époux doit être possible lorsque le régime matrimonial est dissout pour des raisons autres que le décès. Dans ce dernier cas en revanche, c'est la réglementation spéciale de l'article 2 OPP 3 qui s'applique. La loi ne précise pas sur la base de quelles prétentions une cession est possible, aux fins de garantir une solution simple et praticable. Pour éviter les problèmes de délimitation, on a en particulier renoncé à distinguer entre les prétentions qui découlent du régime matrimonial et celles qui sont liées au droit du divorce. Ainsi, la possibilité de céder des créances ne dépend pas du motif juridique de la revendication.

L'article 4, 3e alinéa, OPP 3 révisé n'introduit pas de prétentions nouvelles au titre du droit du mariage ou du divorce. Il apporte simplement un assouplissement de

l'interdiction de cession entre époux et permet ainsi des modalités de paiement supplémentaires. Concrètement cela signifie que d'autres créances entre conjoints peuvent être compensées par des prétentions sur le 3e pilier a. A noter qu'il est obligatoire de transférer les droits de prévoyance cédés à une institution selon l'OPP 3 ou à une institution de prévoyance du 2e pilier, pour autant que l'époux bénéficiaire ne remplisse pas une des conditions énoncées à l'article 3 OPP 3 pour un versement anticipé des prestations. Dès lors, la cession de créances désormais autorisée entre époux garantit que les fonds de la prévoyance restent réservés pour l'assurance vieillesse.

3 Présentation schématique

Les effets des actes juridiques déterminants dans le mariages sur les 2e et 3e piliers sont les suivants:

Acte juridique	**2e pilier**		**3e pilier a**	
	avant	**après**	**avant**	**après**
	Cas d'assurance (vieillesse, décès, invalidité)		Cas d'assurance (vieillesse, décès, invalidité)	
Divorce	**x**	**z**	**x**	**z**
Déclaration de nullité du mariage	**x**	**z**	**x**	**z**
Séparation	**y**	**z**	**x**	**z**
Changement de régime matrimonial par contrat de mariage	**y**	**z**	**x**	**z**

x = répartition des créances de prestations (avoirs dans une institution de prévoyance ou fonds du 3e pilier a du conjoint assuré).

y = **pas** de répartition des créances de prestations (avoirs dans une institution de prévoyance ou fonds du 3e pilier a du conjoint assuré).

z = accord entre les époux, par jugement ou par convention, sur la répartition des prestations de vieillesse échues (par ex. en vertu des art. 151 et 152 CC).

Jurisprudence

225 Tâches de l'autorité de surveillance en cas de liquidation

(arrêt du ATF du 11 novembre 1996 – arrêt en italien)
(art. 62 LPP)

Lors de l'acceptation d'un plan de liquidation et de la répartition des fonds libres, l'autorité de surveillance doit examiner exactement la position de chaque assuré. Dans une entreprise dans laquelle l'employeur et son épouse figurent au nombre des bénéficiaires, il faut désigner un curateur qui évitera les conflits d'intérêt lors de la distribution de la part revenant à chaque assuré.

226 Non transfert des cotisations

(Arrêt du TF 122 IV 270 – arrêt en allemand)
(art. 76 al. 3 LPP)

Le TF a jugé qu'un employeur était condamnable pénalement s'il ne transférait pas les cotisations du 2ème pilier prélevées sur les salaires à la caisse de pension seulement lorsque la limite du dernier délai dans lequel il lui est possible de le faire est franchie. En d'autres termes, l'employeur sera condamné pénalement lorsque la décision fixant l'obligation de prestations et le montant de la cotisation est passée en force de chose jugée.

227 Récusation de juges

(Arrêt du TF du 6 janvier 1997 – arrêt en français)

En l'espèce, le vice président du tribunal cantonal (auquel est rattaché le tribunal des assurances compétent en matière de LPP) et un assesseur sont membres de la caisse de pension qui participe au procès en qualité d'intimée. Le TF estime que le grief de suspicion de partialité doit être écarté lorsque l'un des juges, membre de la caisse de pension, n'a pas siégé au tribunal qui a eu à connaître de l'affaire. En revanche, lorsque le magistrat est membre d'une association ou une société commerciale partie au procès, il doit se récuser sous peine de partialité, même s'il ne tire lui-même aucun intérêt personnel.

228 Licenciement économique et fonds libres

(ATFA du 26 mars 1997 – arrêt en italien)

Dans le cas d'espèce, le TFA avait à se prononcer sur un licenciement que l'assuré qualifiait d'économique. Le TFA a rappelé que ce point devait faire l'objet d'un ex-

amen approfondi par le tribunal de 1ère instance, notamment lorsque les circonstances n'apparaissent pas clairement. Au surplus, lorsque l'autorité de surveillance considère qu'il n'y a pas de liquidation, mais une simple restructuration, le tribunal de 1ère instance ne peut se déclarer incompétent, mais doit examiner si la restructuration ne devrait pas aboutir à une redistribution partielle des fonds libres.

229 Portée de la déclaration d'une institution de prévoyance

(Arrêt du 30 mai 1997 en la cause H.G. – en français)
(art. 4 al. 1 Cst; art. 5 al. 3 LPA et art. 17 CO).

Dans cette affaire, le TFA devait se prononcer sur une déclaration de l'institution de prévoyance à l'assuré, selon laquelle celle-ci acceptait de lui verser une rente entière d'invalidité extra obligatoire.

En l'espèce, l'assuré a vu son degré d'invalidité passer de 50% à plus des 2/3, ce qui lui a valu une rente entière de l'AI fédérale. La caisse de pension a refusé de lui verser une rente entière d'invalidité, au motif que, d'après son règlement, l'augmentation de l'invalidité survenue postérieurement aux rapports de travail n'avait pas d'influence sur le montant de la rente qu'elle versait. Toutefois, après un échange de correspondance, la caisse a admis devoir verser une rente d'invalidité entière correspondant au minimum LPP mais a refusé de verser une rente entière extra obligatoire. Cependant, dans une précédente correspondance, elle a accepté de verser une rente entière englobant aussi la prévoyance dépassant le minimum obligatoire, à bien plaire. L'assuré s'est prévalu de cette déclaration pour exiger de la caisse qu'elle tienne ses promesses.

Le TFA a jugé que déclaration de la caisse qui n'équivaut en aucun cas à une décision, n'a pas de portée sur l'existence ou l'inexistence d'un droit litigieux. La seule portée juridique des déclarations de la caisse se limite à la protection de la bonne foi. En l'espèce, l'assuré, qui n'a pas pris de dispositions particulières sur lesquelles il ne peut revenir, ne peut invoquer la protection de la bonne foi.

230 Transformation d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse

(Arrêt du 11 avril 1997 en la cause OFAS contre A.C. – arrêt en italien)
(art. 26 al. 3 et art. 37 al. 3 LPP)

L'assuré a fait valoir un droit au paiement de la moitié de sa rente de vieillesse en capital, en respectant le délai de 3 ans avant. Cependant, avant d'avoir atteint l'âge de la retraite, il a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Au moment de sa retraite, il a demandé que cette rente d'invalidité, transformée entre temps en rente de vieillesse, lui soit servie sous forme de capital pour la moitié. La caisse a refusé, motif pris que son règlement ne prévoyait que le paiement du capital d'une rente de vieillesse et non d'une rente d'invalidité.

Saisi d'un recours, le Tribunal cantonal l'a admis, estimant que la rente d'invalidité s'étant transformée en rente de vieillesse, l'assuré avait droit au paiement de la

moitié sous forme de capital, ce d'autant plus que cette manière de procéder constituait une solution plus favorable à l'assuré.

L'OFAS a fait recours, au motif que la rente d'invalidité ne se transforme pas en rente de vieillesse, d'une part, et que d'autre part, en tout état de cause, il ne saurait être question d'une solution plus favorable à l'assuré.

Le TF a donné raison à l'OFAS. Il a déclaré illégale la combinaison de différentes dispositions réglementaires, à savoir l'amalgame fait entre la rente d'invalidité qui se transforme en rente de vieillesse et le paiement de celle-ci sous forme de capital. En outre, il a admis, avec l'OFAS, que la solution du versement en capital ne pouvait en aucun cas être considéré comme une solution plus favorable à l'assuré.

231 Versement d'un capital de prévoyance à un personne vivant en concubinage (prévoyance plus étendue)

(arrêt du 2 juillet 1997 en la cause MB. – en français)
(art. 15 al. 1 lit. b ch. 2 OLP; art. 2 al. 1 lit. b ch 2 OPP 2)

Dans l'affaire en cause, l'assurée vivait en concubinage avec la défunte. D'après le règlement de la caisse de pensions, en cas de décès de l'ayant droit, une prestation sous forme de capital-décès pouvait être versée à un bénéficiaire désigné par le défunt, à certaines conditions, notamment lorsque ce dernier était entretenu par le défunt de façon substantielle.

En l'espèce, la défunte avait expressément mentionnée la recourante au titre de bénéficiaire. La caisse de pensions a toutefois refusé de lui allouer le capital-décès au motif que la défunte ne l'entretenait pas de manière substantielle. En effet, les deux concubines vivaient certes ensemble, mais partageaient leurs frais, quand bien même la défunte participait au ménage de manière plus importante.

Le Tribunal fédéral a considéré que si la défunte était en droit de désigner la recourante au titre de bénéficiaire - ce qui n'était pas en cause - en revanche, la désignation de la recourante était liée, au sens du règlement, au fait que cette dernière devait être entretenue par l'assurée de manière prépondérante. A cet égard, le TFA a admis que cette notion était clairement explicite et ne laissait aucune place à l'interprétation. Il a, notamment, fait renvoi aux dispositions relatives aux bénéficiaires au sens de l'art. 15 al. 1 let. b ch. 2 OLP et art. 2 al. 1 let. b ch. 2 OPP 3 ainsi qu'à l'avis de l'OFAS paru dans la RCC 1987, p. 302ss, avis que l'OFAS a repris dans son préavis.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 40

du 22 décembre 1997

TABLE DES MATIERES

Indications

232 Pas d'adaptation des montants-limites en 1998 dans la LPP et dans le pilier 3a

233 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1998

Prises de positions de l'OFAS

234 Encouragement à la propriété du logement: changement de l'institution de prévoyance et mention

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

232 Pas d'adaptation des montants-limites en 1998 dans la LPP et dans le pilier 3a

(art. 2, 7, 8, 46 LPP; art. 7 OPP 3)

La rente AVS minimale ne fera l'objet d'*aucune* modification en 1998. Par conséquent, les montants-limites dans la LPP resteront les mêmes qu'en 1997.

Ce sont toujours:

a. Pour la prévoyance professionnelle

– salaire annuel minimum (art. 2, 7 et 46, al. 1 LPP)	23'880 francs
– déduction de coordination (art. 8, al. 1 LPP)	23'880 francs
– limite supérieure du salaire annuel (art. 8, al. 1 LPP)	71'640 francs
– salaire coordonné maximal	47'760 francs
– salaire coordonné minimal	2'985 francs

b. Pour la prévoyance liée du pilier 3a

Déduction maximale autorisée des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance

– en cas d'affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7, al. 1, let. a OPP 3)	5'731 francs
– sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7, al. 1, let. b OPP 3)	28'656 francs

233 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle des prix au 1er janvier 1998

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, á partir du 1er janvier 92. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 1998, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1994** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **3,0 %.**

Etant donné qu'aucune adaptation des rentes AVS n'aura lieu au 1er janvier 1998, les autres rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire ne seront pas adaptées non plus à cette même date.

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

Prises de position de l'OFAS

233 Encouragement à la propriété du logement: changement de l'institution de prévoyance et mention

La mention de la restriction du droit d'aliéner selon la LPP a déjà fait l'objet de précédents exposés publiés dans nos bulletins no 31, note 180, question 4; no 32, note 189 et no 39 note 222). D'entente avec l'Office fédéral pour le registre foncier (Département fédéral de la justice), nous répondons comme il suit aux questions ci-après:

Quelles sont les conséquences d'un changement d'institution de prévoyance sur la mention d'une restriction au droit d'aliéner selon la LPP dans le registre foncier?

Lors du versement anticipé d'avoirs de prévoyance, l'institution de prévoyance est tenue de requérir la mention d'une telle restriction au registre foncier en vue de garantir le but de prévoyance (art. 30e, al.2 LP; art. 331e , al. 8 CO). Le fait que la personne assurée change plusieurs fois d'institutions de prévoyance après le versement anticipé n'a en principe aucun effet en matière de droit du registre foncier. La radiation n'intervient que dans les cas prévus par l'article 30a alinéa 3 lettre a, LPP (en cas de vente de la propriété d'un logement par exemple). Ce n'est que dans ces cas, c'est-à-dire lorsque la mention doit être radiée ou lorsqu'il s'agit de prouver le droit à la radiation de la mention, qu'un changement d'institution de prévoyance a des implications pour le registre foncier (ainsi que pour l'institution de prévoyance et la personne assurée).

Du point de vue du droit du registre foncier, l'institution de prévoyance peut aviser le registre foncier d'un changement d'institution de prévoyance de deux manières différentes:

(1)par la production de documents au moment de la vente de l'immeuble

En cas de vente de la propriété du logement, la personne assurée, ses héritiers ou la personne bénéficiaire au sens de la LPP (cf. art. 30e, al. 1 et 3 lettres a - d LPP), doivent soumettre au registre foncier, en même temps que la réquisition de vente de l'immeuble, le consentement écrit de l'institution de prévoyance à la radiation de la mention. Lorsque l'institution de prévoyance qui doit donner son consentement n'est pas identique avec celle qui a requis la mention, la nouvelle institution de prévoyance devra prouver qu'elle a repris, directement ou indirectement, les droits de la précédente institution. D'une manière générale, la nouvelle institution de prévoyance sera en mesure de se légitimer par les documents relatifs au versement anticipé.

(2) par notifcation écrite adressée au registre foncier au moment du changement d'institution de prévoyance de l'assuré

La communication du passage d'une personne assurée à une autre institution de prévoyance ou de libre passage peut aussi intervenir sous la forme d'une notification écrite adressée par l'ancienne institution de prévoyance au registre foncier (avec copie à la nouvelle institution). Le registre foncier prend alors acte du change-ment de l'institution en ce qui concerne le droit de requérir une mention relative à la restriction du droit d'aliéner au sens de la LPP. Il est ainsi prouvé et établi que la nouvelle institution a repris les droits et obligations de l'ancienne institution et que l'ancienne institution a, pour sa part, rempli toutes les formalités nécessaires en rapport avec la mention.

Il est possible d'agir de l'une manière ou de l'autre, le registre foncier pouvant être informé directement lors du changement de l'institution de prévoyance ou au moment de la requête de radiation de la mention. La voie de la notification directe implique sans doute des formalités administratives et des frais supplémentaires, notamment les taxes du registre foncier dues selon le droit cantonal, mais elle décharge l'institution de prévoyance de toutes autres démarches ultérieures.

Du point de vue du droit de la prévoyance, il convient de mentionner que la nouvelle institution de prévoyance reprend la responsabilité des tâches afférentes au versement anticipé. Il est donc nécessaire que l'ancienne institution de prévoyance donne à la nouvelle institution de prévoyance les renseignements requis (cf. art 12 OELP), et ce également en ce qui concerne la mention au registre foncier.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle no 41

du 1er juillet 1998

TABLE DES MATIERES

Indications

235 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1998

Prises de positions de l'OFAS

236 Utilisation des avoirs libres des institutions de prévoyance pour la réduction des cotisations

Jurisprudence

237 Droit à l'information d'une caisse de prévoyance affiliée à une fondation collective à l'encontre du conseil de fondation

Règles de financement du fonds de garantie LPP

238 Nouvelles règles de financement du fonds de garantie LPP
- vue d'ensemble
- texte de l'ordonnance (version non officielle)
- commentaire

Annexe

239 Table chronologique des matières du bulletin de la prévoyance professionnelle (nos 1 à 40)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

235 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1998

(articles 21 et 22 OPP 2)

L'office fédéral des assurances sociales a publié la brochure nécessaire au calcul des bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1998.

Dans les brochures publiées les années passées (de 1985 à 1997), les valeurs-limites permettant de définir le montant de la bonification complémentaire unique d'une personne assurée se sont toujours basées sur un âge de retraite de 62 ans pour les femmes resp. de 65 ans pour les hommes comme prévu à l'article 13 alinéa 1 LPP. Suite à une demande formulée à plusieurs reprises, il a été tenu compte du fait que les règlements des institutions de prévoyance peuvent prévoir un âge de retraite plus bas que 62 ans pour les femmes resp. 65 ans pour les hommes et/ou la retraite anticipée. Ainsi, à partir de 1998, les tableaux ont été complétés et contiennent également des valeurs-limites pour des âges de retraite de 55 à 62 ans pour les femmes et de 55 à 65 ans pour les hommes.

A relever que la mention de différents âges de retraite dans les tableaux publiés ne constitue en aucun cas un précédent dans la pratique de l'OFAS ou d'une autre autorité de surveillance sur la question de l'âge de retraite. C'est le règlement qui est déterminant.

En cas d'invalidité ou de décès, ce sont les valeurs se réfèrant à un âge de retraite de 62 ans pour les femmes, resp. de 65 ans pour les hommes qui sont déterminantes, indépendamment de l'âge de retraite réglementaire.
La brochure contient aussi de nouveaux exemples d'application en cas de retraite anticipée prévue dans le règlement ou en cas de versement anticipé au moyen de la prévoyance professionnelle pour l'encouragement à la propriété du logement.

Cette brochure peut être obtenue auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (OCFIM), 3000 Berne, numéro de commande 318.762.98 f/d/i.

Prises de position de l'OFAS

236 Utilisation des avoirs libres des institutions de prévoyance pour la réduction des cotisations

Les fonds libres sont à utiliser en premier lieu pour garantir les prestations légales et réglementaires et pour financer les mesures en faveur de la génération d'entrée et la compensation du renchérissement.
Cette finalité présuppose qu'il existe suffisamment de réserves de fluctuation par rapport aux risques courus, et assez de réserves techniques et légales pour la

compensation du renchérissement sur les rentes de survivants et d'invalidité en cours. En outre, il convient de veiller à ce que la génération d'entrée, notamment les assurés à revenus modestes, ait bénéficié d'un traitement préférentiel et à disposer de fonds suffisants pour la compensation du renchérissement sur les rentes de vieillesse. L'expert doit confirmer que ces conditions sont remplies, car elles empêchent que les invalides et les autres bénéficiaires de prestations, qui ne sont plus tenus de payer des cotisations, ne soient lésés.

Si les institutions de prévoyance remplissent ces conditions, elles peuvent adopter dans les limites de cette loi, conformément à l'article 49, 1er alinéa, LPP , le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent. L'article 65, 1er alinéa, LPP dispose que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Pour la partie obligatoire, elles doivent, selon le 2e alinéa dudit article, régler leur système de cotisations et leur financement de manière à pouvoir fournir les prestations prévues par cette loi.

Il n'est pas permis d'alléger unilatéralement la charge des employeurs par le biais des fonds libres. Selon l'article 66, 1er alinéa, LPP, la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. Cette disposition s'applique uniquement aux prestations minimales selon la LPP (cf. l'art. 49, 2e al., LPP). La LPP ne précise pas comment les employeurs doivent remplir leur obligation de cotiser en vertu de l'article 66, 1er alinéa, LPP. Avant l'entrée en vigueur de la LPP, ils avaient la possibilité de remplir cette obligation selon l'article 331, 3e alinéa (ancien), CO en recourant aux fonds libres de la fondation. Dès le 1er janvier 1985, le législateur a mis fin à cette pratique qui conduisait à un allégement unilatéral de la charge des employeurs.

L'article 331, 3e alinéa, CO vise les employeurs et non les institutions de prévoyance. Il n'interdit pas aux institutions de prévoir l'utilisation d'excédents pour financer des prestations. Il prescrit simplement la manière dont les employeurs doivent remplir l'obligation qui leur incombe en vertu du règlement en matière de cotisations qui doivent être au moins paritaires. En revanche, il est possible d'appliquer des taux de cotisation réglementaires plus bas aux employeurs et aux salariés par le biais de systèmes de financement en utilisant les excédents selon un plan établi. On ne saurait donc critiquer une disposition réglementaire décidée par l'organe paritaire prévoyant d'intégrer les fonds libres dans le système de financement d'une institution de prévoyance. Ce qui est déterminant, c'est que ce système offre à tout moment la garantie que l'institution de prévoyance pourra fournir ses prestations.

Si ces conditions sont remplies, l'intégration régulière des fonds libres dans le système de financement de l'institution ne peut pas être qualifiée de mesure permettant de contourner l'interdiction de paiement en espèces. Les fonds libres font partie du système de financement en tant que troisième source de cotisation et ne quittent donc pas l'institution de prévoyance.

L'utilisation régulière des fonds libres comme troisième source de cotisation ne dispense pas l'employeur de l'obligation de payer ses cotisations réglementaires par le biais de fonds propres ou de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance en faveur du personnel, qu'il aura préalablement constituées à cet effet et qui sont

comptabilisées séparément. Seule conséquence: le montant des cotisations paritaires est moins important du fait que l'on recourt à cette troisième source de financement. Comme les fonds libres ont été réalisés, au cours de l'évolution de l'institution de prévoyance, grâce aux cotisations des salariés et des employeurs, rien ne s'oppose à ce que les deux parties profitent d'un meilleur degré de financement de leur institution de prévoyance, pour autant que les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

La conformité au plan d'assurance au sens exposé ci-dessus ne comprend pas nécessairement la pérennité de ce mode de financement; elle peut être conçue comme une solution limitée dans le temps sur la base d'un réglement établi selon des critères objectifs. La planification du financement ne saurait toutefois en aucun cas avoir pour but d'épuiser les réserves de fonds libres. L'affectation conforme de ces fonds à leur but premier, ainsi que nous l'avons exposé au début, doit être prioritaire dans tous les cas.

Il convient de relever enfin que l'article 331, 3e alinéa CO qui dispose que l'employeur financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance lesquelles doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément, ne s'applique pas aux employeurs du secteur du droit public.

Jurisprudence

237 Droit à l'information d'une caisse de prévoyance affiliée à une fondation collective à l'encontre du conseil de fondation

(référence à l'arrêt du TF du 4 mars 1998 (ATF 124 II 114)
(Art. 51 et 62 LPP)

Le Tribunal fédéral a reconnu in casu que les comités des caisses de prévoyance des employeurs affiliés individuellement à la fondation collective devaient – bien que ne possédant pas la personnalité juridique – être considérés comme un organe de la fondation, de même que le conseil de fondation. A ce titre, les comités de caisse représentent non seulement les intérêts des salariés et des employeurs vis-à-vis de la fondation, mais sont également chargés de la gestion paritaire de la caisse au sens de l'article 51 LPP. Pour pouvoir exercer leurs tâches de gestion, les comités de caisse doivent avoir le même accès aux informations sur toutes les questions relevant du domaine de l'administration paritaire que les organes de gestion paritaire d'une institution autonome. Etant donné que les compétences relatives à la gestion des caisses ont été déléguées au conseil de fondation dans le cadre de l'organisation de la fondation collective, le Tribunal fédéral a jugé que les comités de caisse ont à l'encontre du conseil de fondation un droit à l'information sur toutes les questions relevant de l'administration paritaire de la caisse, notamment sur la situation financière et les frais administratifs.

C'est aux comités de caisse qu'il incombe alors de vérifier si les frais administratifs sont adéquats et convenables et de prendre, le cas échéant, les mesures qui s'imposent. Pour ce faire, ils doivent être informés de façon transparente et complète sur la situation financière et les frais administratifs.

Lorsqu'elle a des doutes sur le niveau et l'adéquation des frais administratifs, l'autorité de surveillance est en droit d'intervenir et de prendre les mesures qui s'imposent pour garantir que l'organe chargé de la gestion paritaire de la caisse recoive les informations nécessaires pour pouvoir procéder à ce contrôle. Selon l'avis du Tribunal fédéral, une telle mesure ne constitue pas un empiètement sur l'autonomie des organes de la fondation, mais a, au contraire, pour but de permettre aux comités de caisse paritaires, précisément en tant qu'organes de la fondation, de remplir leurs tâches.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé l'opportunité d'une décision de l'autorité de surveillance obligeant la fondation collective à informer les comités des caisses sur les mesures de surveillance qu'elle avait prises à l'encontre de la fondation – notamment sur les réserves émises quant à l'adéquation des frais administratifs – en leur faisant parvenir une copie de la décision. Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, le droit à l'information de l'organe chargé de la gestion paritaire comprend en effet aussi celui d'être informé sur l'existence et le contenu des mesures de l'autorité de surveillance.

Financement du fonds de garantie LPP

238 Nouvelles règles de financement pour le fonds de garantie LPP

Lors de sa séance du 22 juin 1998, le Conseil fédéral a adopté la nouvelle ordonnance sur le fonds de garantie LPP, dont l'entrée en vigueur est arrêtée au 1er juillet 1998. Il a ainsi franchi la dernière étape de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité, qui est effective depuis le 1er janvier 1997.

La nouvelle ordonnance sur le fonds de garantie s'impose, en substance, en raison de l'élargissement des prestations du fonds de garantie. Elle comprend notamment une nouvelle réglementation concernant le financement qui est adaptée à l'élargissement des prestations et qui remplace les dispositions actuelles. Ce nouveau modèle de financement s'applique à toutes les institutions soumises à la loi sur le libre passage (LFLP). Participeront ainsi à l'avenir au financement du fonds de garantie quelque 7'500 institutions de prévoyance au lieu des 3'000 actuelles. Par ailleurs, on a saisi cette occasion pour rassembler, dans cette nouvelle ordonnance, toutes les dispositions légales des ordonnances applicables actuellement au fonds de garantie, en particulier celles de l'ordonnance sur la création de la fondation "fonds de garantie LPP" (OFG1), de l'ordonnance sur l'administration du fonds de garantie (OFG 2) ainsi que le règlement des cotisations et des prestations de la fondation "fonds de garantie LPP". Ces dernières seront abrogées lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le fonds de garantie LPP. Enfin, l'ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP1) doit être

modifiée, en ce sens que l'article 10 alinéa 2 OPP1 doit être abrogé, étant donné qu'il est devenu sans objet depuis l'élargissement de la couverture d'insolvabilité.

Dans le cadre de la nouvelle ordonnance sur le fonds de garantie LPP, se pose, en principe, deux problèmes matériels. Tout d'abord, il y a lieu de trouver un modèle de financement adapté à l'élargissement de la couverture d'insolvabilité. Ensuite, se pose la question du recensement, dans la pratique, des institutions qui, sur la base de l'article 57 LPP sont déjà nouvellement affiliées au fonds de garantie depuis le 1 er janvier 1997.

Modèle de financement

La conception d'un système de cotisations adapté aux nouvelles prestations du fonds de garantie part du principe que :

– les institutions de prévoyance susceptibles de bénéficier de prestations sont appelées à cotiser,
– le calcul des cotisations doit impérativement être fonction du montant des prestations éventuellement dues,
– les charges administratives supplémentaires doivent être maintenues à un strict minimum.

Le modèle de financement retenu se fonde sur deux systèmes de cotisations :

– Le système de cotisations appliqué jusqu'ici sert désormais exclusivement au financement des subsides pour structure d'âge défavorable; le taux des cotisations doit donc être adapté en conséquence.

– Toutes les autres prestations, sont financées par le biais d'un nouveau système commun, qui repose sur le volume des prestations à recevoir. Pour les assurés actifs, il s'agit de leur prestation de libre passage tandis que pour les bénéficiaires de rentes, il s'agit du capital de couverture du total de leurs rentes en cours. Pour assurer une uniformité dans le calcul du capital de couverture, le total des rentes en cours est multiplié par le facteur 10.

Le montant des cotisations n'a pas été plafonné, pour qu'il corresponde à l'étendue des prestations. Le taux des cotisations applicable aux prestations de libre passage est identique à celui du capital de couverture des rentes en cours.

Aucune nouveauté n'a été introduite en ce qui concerne la mise en oeuvre du système. Il n'a pas davantage été prévu de gestion séparée de la fortune propre aux deux types de cotisations.

Enregistrement des institutions de prévoyance soumises à la LFLP

Jusqu'ici, le fonds de garantie était financé par les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle. Etant donné que ce registre est tenu par les autorités de surveillance, il apparaît judicieux que celles-ci soient tenues d'annoncer au fonds de garantie les institutions qui y figurent et de lui communiquer les mutations enregistrées. Fort de ces informations, le fonds de garantie peut enregistrer toutes les institutions de prévoyance soumises à cotisations. A la fin de

l’année 1994, le registre des institutions de prévoyance répertoriait quelque 3300 institutions.

Suite à la révision de la loi (art. 57 LPP, entrée en vigueur le 1.1.1997), toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP sont désormais affiliées au fonds de garantie. Selon la statistique des caisses de retraite, on dénombrait, fin 1994, environ 4200 institutions de prévoyance non enregistrées, mais soumises à la LFLP. A ce jour, ces institutions ne sont répertoriées nulle part de manière quelque peu rigoureuse. Etant donné que la LFLP n’est entrée en vigueur que le 1er janvier 1995, les autorités de surveillance compétentes n’ont, à l’heure actuelle, pas encore toutes vérifié si les institutions dont elles ont la charge sont soumises à la LFLP.

Considérant ce qui précède, un système de déclaration spontanée a été prévu pour le premier enregistrement d’une institution. Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP mais non enregistrées conformément à l’article 48 LPP, doivent donc s’annoncer elles-mêmes **jusqu’au 31.10.1998** auprès du fonds de garantie. Sur la base de ces informations, le fonds de garantie établit une liste des institutions de prévoyance lui étant affiliées.

L'ordonnance sur le fonds de garantie (OFG) entrera en vigueur le 1er juillet 1998. Il y a lieu de prévoir simultanément l'entrée en vigueur de l'article 59 LPP dont l'introduction, conformément à l'arrêté du Conseil fédéral du 25 novembre 1996, avait été prévue pour une date ultérieure.

Le texte de l'ordonnance dans sa version non officielle et le commentaire y relatif se trouvent à la page suivante.

(version non officielle)

Ordonnance sur le fonds de garantie LPP (OFG)

du 22 juin 1998

Le Conseil fédéral suisse,

vu les articles 56, 3e et 4e alinéas, 59, 2e alinéa, et 97, 1er alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP),

arrête:

Chapitre premier: Organisation

Article premier Nom, forme juridique et siège

1 Sous le nom «fonds de garantie LPP», il existe une fondation de droit public ayant une personnalité juridique propre.

2 Le siège de la fondation est à Berne.

Art. 2 But et tâches

1 La fondation fonctionne comme fonds de garantie au sens de l'article 54, 2e alinéa, lettre a, LPP.

2 Elle remplit ses tâches conformément à l'article 56 LPP.

Art. 3 Surveillance

La fondation est soumise à la surveillance de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

[1] RS **831.40**

Art. 4 Conseil de fondation

Le conseil de fondation est l'organe supérieur de la fondation. Il se compose de trois représentants des salariés, de trois représentants des employeurs, de deux représentants de l'administration publique ainsi que d'un membre qui n'appartient à aucun de ces milieux.

Art. 5 Nomination du conseil de fondation

1 Le Conseil fédéral nomme les représentants des salariés et des employeurs sur proposition des organisations faîtières correspondantes et les représentants de l'administration publique sur proposition du Département fédéral de l'intérieur.

2 Il nomme le neuvième membre du conseil de fondation sur proposition des membres déjà nommés.

Art. 6 Organe de direction du fonds de garantie

1 Un organe de direction mandaté par le conseil de fondation administre le fonds de garantie. La direction prend toutes mesures utiles pour exécuter le mandat qui lui est confié. Elle représente le fonds de garantie dans ses relations avec les tiers.

2 Les rapports entre le conseil de fondation et la direction font l'objet d'un contrat. Celui-ci est soumis à l'approbation de l'OFAS.

3 La direction communique son organisation aux autorités de surveillance, à l'institution supplétive et aux institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993[2] sur le libre passage (LFLP) ainsi que la procédure à suivre pour percevoir les cotisations et prétendre à des prestations.

Art. 7 Organe de contrôle du fonds de garantie

L'organe de contrôle du fonds de garantie contrôle chaque année l'administration et les comptes du fonds de garantie ainsi que les placements de la fortune du fonds.

Art. 8 Rapport

1 Le fonds de garantie remet chaque année à l'OFAS, à l'attention du Conseil fédéral, un rapport de gestion et un état des comptes.

2 L'organe de contrôle du fonds de garantie remet chaque année son rapport d'examen à l'Office fédéral des assurances sociales.

---

[2] RS **831.42**

Art. 9 Liste des institutions de prévoyance

1 La direction du fonds de garantie tient une liste des institutions de prévoyance soumises à la LFLP.

2 La liste contient le nom et l'adresse des institutions de prévoyance soumises à la LFLP et indique si une institution de prévoyance est enregistrée.

3 Les autorités de surveillance ont accès à cette liste.

Art. 10 Devoir d'information des autorités de surveillance

Les autorités de surveillance annoncent dans les trois mois à la direction du fonds de garantie les mutations dont ont fait l'objet des institutions de prévoyance soumises à la LFLP. En particulier, elles lui communiquent les créations d'institutions, les fusions, les dissolutions ou les changements de nom.

Art. 11 Devoir d'information des institutions de prévoyance non soumises à contrôle

Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP mais non soumises à contrôle annoncent dans les trente jours à la direction du fonds de garantie les mutations les concernant. En particulier, elles lui communiquent les créations d'institutions, les fusions, les dissolutions ou les changements de nom.

Chapitre 2: Financement

Art. 12 Financement du fonds de garantie

Le fonds de garantie est financé par les cotisations annuelles des institutions de prévoyance soumises à la LFLP et par le rendement de sa fortune.

Art. 13 Placement de la fortune et comptabilité

La fortune du fonds de garantie est placée conformément aux articles 49 et suivants de l'ordonnance du 18 avril 1984[3] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2). Les articles 47 et 48 OPP2 sont applicables en matière de comptabilité et d'établissement des comptes.

[3] RS **831.441.1**

Art. 14 Système de cotisations

1 Les subsides pour structure d'âge défavorable (art. 56, 1er al., let. a, LPP) sont financés par les cotisations des institutions de prévoyance dûment enregistrées; les autres prestations (art. 56, 1er al., let. b à e, LPP) sont financées par les cotisations de l'ensemble des institutions de prévoyance soumises à la LFLP.

2 Les bases de calcul des cotisations sont fixées pour l'année civile pour laquelle celles-ci sont effectivement dues.

Art. 15 Cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable

1 Le calcul des cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable se fonde sur la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus, selon l'article 8 LPP, de payer des cotisations pour les prestations de vieillesse.

2 En cas d'entrée ou de sortie en cours d'année civile, le salaire coordonné d'un assuré est calculé au prorata.

Art. 16 Cotisations au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations

1 Le calcul des cotisations au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations se fonde sur la somme
a. des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés selon l'article 2 LFLP établies au 31 décembre et
b. des rentes, telles qu'elles apparaissent dans le compte d'exploitation, multipliées par dix.

2 Si les prestations de sortie réglementaires n'ont pas été établies au 31 décembre, le calcul se fonde sur les dernières valeurs correspondantes selon l'article 24 LFLP.

Art. 17 Communication des bases de calcul des cotisations

1 Les institutions de prévoyance enregistrées communiquent à l'organe de direction du fonds de garantie:
a. la somme des salaires coordonnés;
b. la somme des bonifications de vieillesse pour une année civile;
c. la somme des prestations de sortie réglementaires selon l'article 2 LFLP;
d. la somme des rentes en cours selon le compte d'exploitation.

2 Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP, non enregistrées communiquent à l'organe de direction du fonds de garantie:
a. la somme des prestations de sortie réglementaires selon l'article 2 LFLP;

b. la somme des rentes en cours selon le compte d'exploitation.

3 Les informations pour l'année civile doivent être communiquées tous les ans, jusqu'au 30 juin de l'année civile suivante, dans la forme prescrite par l'organe de direction.

4 L'organe de contrôle de l'institution de prévoyance certifie que les indications fournies sont exactes et complètes.

Art. 18 Taux des cotisations

1 Le conseil de fondation fixe chaque année les taux de cotisation et les soumet à l'OFAS pour approbation.

2 Le conseil de fondation communique jusqu'au 31 octobre aux institutions de prévoyance les taux applicables pour l'année civile suivante.

Art. 19 Echéance des cotisations

1 Les cotisations de l'année civile arrivent à échéance le 30 juin de l'année suivante. Elles sont débitées à cette date ou payables jusqu'à cette échéance.

2 Les différences constatées lors de la vérification du décompte sont soit réclamées soit bonifiées.

Chapitre 3: Prestations

Section 1: Présentation des demandes

Art. 20

1 Les demandes de prestations à l'égard du fonds de garantie doivent être adressées à la direction du fonds de garantie dans la forme prescrite par la direction.

2 Le demandeur est tenu de remettre à la direction du fonds de garantie tous les documents nécessaires à l'examen de la demande et de lui fournir les renseignements souhaités.

3 La direction du fonds de garantie examine si les conditions légales ouvrant un droit aux prestations sont remplies et, à la demande de l'institution de prévoyance, rend une décision écrite.

Section 2: Subsides pour structure d'âge défavorable

Art. 21 Communication et paiement

1 Les demandes de subsides pour structure d'âge défavorable doivent être présentées jusqu'au 30 juin qui suit l'année civile déterminante. L'organe de contrôle de l'institution de prévoyance atteste que les données fournies sont exactes et complètes.

2 La direction du fonds de garantie décompte les subsides avec les cotisations et rétrocède les éventuels soldes créditeurs.

Art. 22 Affiliation d'un employeur à une seule institution de prévoyance

1 Si l'employeur est affilié à une seule institution de prévoyance, la demande de subsides est présentée par l'institution de prévoyance. L'employeur confirme à l'institution de prévoyance que tout son personnel est assuré auprès d'elle.

2 Si plusieurs employeurs sont affiliés à l'institution de prévoyance, celle-ci doit désigner l'employeur pour le personnel duquel elle requiert des subsides. Lorsque le fonds de garantie le demande, l'institution de prévoyance est tenue de présenter les salaires coordonnés et les bonifications vieillesse de tous les assurés de l'employeur concerné.

Art. 23 Affiliation d'un employeur à plusieurs institutions de prévoyance

1 Si l'employeur est affilié à plusieurs institutions de prévoyance, la demande de subsides est présentée par lui-même.

2 L'employeur doit communiquer à toutes les institutions de prévoyance concernées qu'il est affilié à plusieurs institutions.

3 Les institutions de prévoyance communiquent à l'employeur le montant des salaires coordonnés et la somme des bonifications vieillesse de ses employés dans la forme prescrite par la direction du fonds de garantie. L'organe de contrôle de l'institution de prévoyance atteste que les données fournies sont exactes et complètes.

4 Si le personnel d'un employeur est affilié auprès de plusieurs institutions de prévoyance, la structure d'âge est déterminée compte tenu de l'ensemble du personnel.

5 La direction du fonds de garantie verse les subsides directement aux institutions de prévoyance concernées.

Section 3 : Garantie au titre d'insolvabilité d'une institution de prévoyance

Art. 24 Demandeur

1 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.

2 L'autorité de surveillance atteste, à l'attention du fonds de garantie, que l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite ou d'une procédure analogue.

Art. 25 Insolvabilité

1 Une institution de prévoyance ou un collectif d'assurés est réputé insolvable lorsque l'institution ou le collectif ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaires dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible.

2 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 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.

3 Si une procédure de liquidation, une procédure de faillite ou une procédure analogue a été ouverte contre une institution de prévoyance, l'autorité de surveillance en informe la direction du fonds de garantie.

Art. 26 Forme et étendue de la garantie

1 Le fonds de garantie est engagé jusqu'à concurrence du montant permettant à l'institution de prévoyance de remplir ses engagements légaux ou réglementaires. Il peut accorder des avances jusqu'à la clôture de la procédure de faillite ou de liquidation.

2 La direction du fonds de garantie détermine pour chaque cas particulier la forme de garantie la plus appropriée.

3 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 au sens de l'article 4, 1er alinéa, LFLP, l'administration de la faillite ou de la liquidation a le devoir de transmettre les ressources reçues à titre de garantie à ladite institution.

Chapitre 4: Dispositions finales

Art. 27 Abrogation du droit en vigueur

Sont abrogés:
a. l'ordonnance du 17 décembre 1984[4] sur la création de la fondation « fonds de garantie LPP » (OFG1);
b. l'ordonnance du 7 mai 1986[5] sur l'administration du « fonds de garantie LPP » (OFG2);
c. le règlement des cotisations et des prestations de la fondation « fonds de garantie LPP », du 23 juin 1986[6].

Art. 28 Modification du droit en vigueur

L'ordonnance du 29 juin 1983[7] sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP1) est modifiée comme suit:

Art. 10, 2e al.

Abrogé

Art. 29 Disposition transitoire

1 Les institutions de prévoyance qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, sont soumises à la LFLP, mais non enregistrées conformément à l'article 48 LPP, ont le devoir de s'annoncer par écrit, jusqu'au 31 octobre 1998, à la direction du fonds de garantie. Les autorités de surveillance informent les institutions concernées de l'obligation qui leur est faite.

2 Les organes de contrôle des institutions de prévoyance tenues de s'annoncer auprès de la direction du fonds de garantie s'assurent que celles-ci se conforment à l'obligation qui leur est faite. Si une institution omet de s'annoncer, ils le mentionnent dans leur rapport et en informent sans délai la direction du fonds de garantie.

3 Les cotisations au fonds de garantie au sens de l'article 12 de la présente ordonnance sont perçues pour la première fois en l'an 2000.

4 Les cotisations au fonds de garantie pour les années 1998 et 1999 sont perçues en application de l'ancien droit.

---

4 RO **1985** 12.
5 RO **1986** 867, **1989** 1900, **1996** 2243, 3451.
6 RO **1986** 1703.
7 RS **831.435.1**

Art. 30 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1er juillet 1998.

22 juin 1998 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Cotti
Le chancelier de la Confédération, Couchepin

Commentaire relatif à l'ordonnance sur le fonds de garantie (OFG)

I. En général

La présente ordonnance contient d'une part les dispositions, partiellement modifiées, de l'OFG2 et, d'autre part, des nouvelles dispositions applicables à la mise en oeuvre du fonds de garantie LPP. Les dispositions de l'OFG1 et du règlement des cotisations et des prestations de la fondation « fonds de garantie LPP » y ont par ailleurs été intégrées. L'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance sur le fonds de garantie LPP entraîne l'abrogation de l'OFG1, de l'OFG2 et du règlement des cotisations et des prestations de la fondation « fonds de garantie LPP » et modifie l'OPP1 en ce sens que, devenu obsolète, l'article 10, 2e alinéa, est abrogé.

II. Sur les dispositions en particulier

Titre

La présente ordonnance est intitulée "Ordonnance sur le fonds de garantie LPP", abrégée "OFG".

Préambule

Le préambule énonce à la fois la norme générale par laquelle le Conseil fédéral est habilité à édicter des dispositions d'exécution (art. 97, 1er al, LPP) et les dispositions régissant les compétences, article 56, alinéas 3 et 4, LPP (tâches du fonds de garantie LPP) et article 59, 2e alinéa, LPP (financement).

Chapitre premier: Organisation

Article 1
Les organisations faîtières des salariés et des employeurs n'étant pas parvenues à s'entendre sur la création d'un fonds de garantie, le Conseil fédéral, en application de l'article 54, alinéa 3, LPP a été appelé à en provoquer lui-même la constitution. Le fonds de garantie LPP a été institué sous la forme d'une fondation de droit public, la structure en question offrant davantage de souplesse. Bien que le fonds couvre désormais aussi des prestations hors LPP, le libellé "fonds de garantie LPP" n'a pas été modifié. La mention "LPP" renvoie au fondement légal de l'institution et doit permettre, le cas échéant, de la distinguer d'autres "fondations de garantie" qui existeraient déjà dans différents domaines.

Article 2
Conformément à l'article 54, 1er alinéa, lettre a, LPP, le Conseil fédéral charge une des fondations prévues sous cette disposition de fonctionner comme fonds de garantie LPP. Les tâches incombant à cet organisme sont énoncées de manière exhaustive à l'article 56, 2e alinéa, LPP.

Article 3

L'article 63, 1er alinéa, LPP précise que le fonds de garantie et l'institution supplétive sont placés sous la surveillance de la Confédération. Il s'agit là d'une disposition réglementaire à finalité pratique: désigner l'autorité de surveillance directement compétente en la matière.
L'OFAS assumant déjà la surveillance de l'institution supplétive et celle d'institutions de prévoyance d'envergure nationale ou internationale, pour autant que celles-ci ne constituent pas des institutions de prévoyance au sens de la LSA, le fonds de garantie a aussi été placé sous la surveillance de cet office.

Article 4

La bonne exécution des tâches incombant au fonds de garantie suppose une organisation claire et précise. La désignation d'un seul organe compétent en la matière et la limitation à neuf du nombre des membres du conseil de fondation devraient favoriser la réalisation de cet objectif.

Article 5

La nomination des membres du conseil de fondation s'effectue conformément à l'ordonnance sur les commissions extraparlementaires et les représentations de la Confédération[8]. L'article 15 de cette ordonnance prévoit qu'un mandat ne saurait excéder une période de douze ans. Contrairement aux dispositions précédemment applicables, la nouvelle ordonnance ne prévoit plus aucune disposition particulière limitant la durée des mandats.

Article 6

Le 1er alinéa de cet article prévoit que le conseil de fondation attribue à l'organe de direction mandaté par ses soins le pouvoir de prendre toute mesure utile en vue d'assurer l'administration et la représentation du fonds de garantie.

Le conseil de fondation et la direction du fonds de garantie sont liés par un contrat de droit public. En vertu du 2e alinéa de cet article, le contrat doit être soumis, pour approbation, à l'autorité de surveillance, donc à l'Office fédéral des assurances sociales. Selon l'article 6, alinéa 3, du règlement d'organisation du fonds de garantie, le contrat doit également être transmis au Conseil fédéral pour information.

L'alinéa 3 précise que la direction du fonds de garantie communique son organisation et les principes régissant la perception des cotisations et le droit aux prestations en premier lieu aux autorités de surveillance LPP, à l'institution supplétive et, élément nouveau, aux institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage. Si la direction du fonds de garantie est libre de choisir la procédure qui lui semble la plus adéquate en la matière, elle veille toutefois à fournir suffisamment tôt des informations en quantité suffisante aux institutions de prévoyance afin que celles-ci puissent prendre les dispositions qui s'imposent.

---

8 Ordonnance sur les commissions, RO **1996**, 1651.

Article 7
Cet article définit les tâches de l'organe de contrôle avec davantage de précision que par le passé. Il s'inspire de l'idée à la base de l'article 53, 1er alinéa, LPP, selon laquelle l'organe de contrôle du fonds de garantie effectue le même travail que les organes de contrôle des institutions de prévoyance. L'organe de contrôle du fonds de garantie applique actuellement déjà ce principe.

Article 8
Conformément au 1er alinéa de cette disposition, le fonds de garantie est tenu de remettre chaque année son rapport d'activité à l'autorité de surveillance. Le rapport doit par ailleurs être présenté au Conseil fédéral. Il résulte clairement de cette disposition que le fonds de garantie, en sa qualité d'institution de droit public, ne saurait se borner à exposer sommairement son activité mais que, dans l'intérêt public, il a l'obligation de fournir suffisamment d'informations afin d'offrir une bonne vue d'ensemble de son activité.

Le 2e alinéa de cet article stipule désormais que l'organe de contrôle est tenu de remettre chaque année les conclusions de son rapport à l'OFAS. Cette manière de procéder existant d'ores et déjà, on peut dire que cette précision ne fait que codifier une pratique existante.

Article 9
Pour être en mesure d'exécuter les tâches lui incombant, le fonds de garantie doit tenir une liste des institutions de prévoyance qui lui sont affiliées. Cette liste revêt uniquement un intérêt pratique; il n'en résulte pas que seules les institutions de prévoyance qui figurent sur cette liste sont affiliées au fonds de garantie. Partant, l'obligation de verser des cotisations ou le droit de percevoir des prestations ne sont pas fonction de cette liste. Toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP sont d'office affiliées au fonds de garantie (cf. art. 57, LPP).

La liste établie par le fonds de garantie n'est pas un document public. Toutefois, étant donné que l'ordonnance sur le fonds de garantie LPP (art. 11) prévoit que les autorités de surveillance sont tenues de communiquer au fonds de garantie les mutations dont une institution de prévoyance fait l'objet, elles doivent connaître les institutions figurant sur la liste. Pour cette raison, elles doivent pouvoir accéder à ce document.

Les **articles 10** et **11** mentionnent qui est tenu de communiquer au fonds de garantie les mutations dont fait l'objet une institution de prévoyance soumise à la LFLP. La disposition transitoire (cf. art. 29, 1er et 2e alinéas, OFG) régit pour sa part les modalités du premier enregistrement des institutions de prévoyance tenues de s'affilier au fonds de garantie à la suite de la modification de la loi.

Auparavant déjà, les autorités de surveillance étaient tenues de communiquer au fonds de garantie les nouveaux enregistrements d'institutions de prévoyance ainsi que les modifications apportées aux institutions déjà enregistrées (ancien art. 3 OFG2). Le maintien de cette pratique se justifie pleinement, notamment en cas de changement de nom, de création d'une nouvelle institution de prévoyance, de liquidation ou de fusion. D'autres données doivent aussi être portées à la connaissance

du fonds de garantie, par exemple: l'introduction de mesures rigoureuses de surveillance en raison d'un risque grave d'insolvabilité. Ces informations permettent au fonds de garantie de mieux évaluer les dépenses pour les années à venir et de tenir compte de ces éléments dans son budget. Conformément à la nouvelle ordonnance, les autorités de surveillance sont tenues d'annoncer les mutations des institutions de prévoyance dûment enregistrées mais aussi de toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP et placées sous leur contrôle.

Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP ne sont pas toutes placées sous le contrôle d'une autorité de surveillance (c'est le cas notamment des sociétés coopératives non enregistrées et des institutions de prévoyance de droit public non enregistrées). Du fait que le fonds de garantie doit aussi être informé des mutations dont ces catégories d'institutions font l'objet, celles-ci ont l'obligation d'annoncer elles-mêmes les changements. En ce sens, l'article 11 du projet peut être considéré comme un article supplétif. Le groupe de travail est pleinement conscient que la bonne application de cette disposition ne peut guère être contrôlée. Néanmoins, eu égard au fait qu'en 1994, on ne dénombrait plus que huit sociétés coopératives et cinq institutions de prévoyance de droit public non enregistrées[9], l'élaboration d'une procédure compliquée pour seulement treize institutions ne se justifie pas.

Chapitre 2: Financement

La nouvelle ordonnance prévoit deux systèmes de financement. Il y a, d'une part, le système applicable jusqu'ici, celui de la primauté des cotisations, qui financera à l'avenir exclusivement les subsides dûs au titre de structure d'âge défavorable. Le taux des cotisations perçues dans le cadre de ce système devra être adapté en conséquence. Il y a, d'autre part, le système de la primauté des prestations, nouveau système commun qui prévoit de financer toutes les autres prestations et qui repose sur les prestations à recevoir. Pour les assurés actifs, il s'agit des prestations de libre passage tandis que pour les bénéficiaires de rentes, il s'agit du capital de couverture et de toutes les rentes en cours, rentes actuarielles incluses. En vue d'assurer une uniformité en matière de capital de couverture, la somme des rentes en cours est multipliée par 10.

Article 12
Le fonds de garantie est financé par les cotisations annuelles des institutions de prévoyance soumises à la LFLP et par le rendement de la fortune du fonds.

Article 13
Cet article prévoit qu'à l'avenir, le fonds de garantie doit se conformer aux dispositions de l'OPP2 relatives aux principes comptables et à la présentation des comptes.

Article 14
Cet article définit les deux systèmes de cotisations énoncés ci-dessus.

---

[9] Voir Statistique des caisses de retraite, 1994.

Article 15
Cet article décrit le système de cotisations applicable en matière de subsides pour structure d'âge défavorable. Le système correspond au système actuel de financement.

Article 16
Cet article décrit le système de cotisations applicable aux prestations pour insolvabilité et aux autres prestations. Le facteur de multiplication 10 indique le rapport moyen existant entre le capital de couverture des rentes et le montant des rentes. Les rentes versées depuis moins d'une année, non en cours au jour de référence, ne sont pas prises en compte, tandis que le montant annuel total est retenu pour les rentes en cours au jour de référence.

Article 17
Les institutions de prévoyance sont tenues de communiquer à la direction du fonds de garantie les bases applicables au calcul des prestations. Alors que les institutions de prévoyance non enregistrées doivent uniquement indiquer le montant des prestations de libre passage réglementaires et celui des rentes en cours, les institutions enregistrées doivent parallèlement mentionner le montant des salaires coordonnés et la somme des bonifications de vieillesse annuelles.

Article 18
Le taux des cotisations n'est pas uniquement fixé sur la base du volume estimé des prestations pour l'année suivante; les réserves compensatoires existantes et leur rendement sont également pris en compte.
Etant donné que les taux des cotisations sont soumis à l'OFAS, et non plus au Conseil fédéral, la procédure d'approbation est plus rapide. Pour cette raison, la nouvelle ordonnance prévoit que les taux des cotisations sont annoncés déjà à la fin du mois d'octobre de l'année en cours.

Article 19
Cette disposition précise la date à laquelle les rentes doivent être versées au fonds de garantie et la manière de procéder en cas différences de montants.

Chapitre 3: Prestations

Les articles de ce chapitre reprennent en grande partie les dispositions du droit actuellement en vigueur. La structure adoptée a toutefois été modifiée afin de favoriser une meilleure compréhension du sujet. L'obligation d'utiliser un formulaire ad-hoc disparaît. Désormais, et pour autant que les institutions de prévoyance respectent les formes prescrites par le fonds de garantie, l'échange des données entre les institutions de prévoyance et le fonds de garantie peut aussi s'effectuer par supports informatiques.

Article 20
Cet article contient des dispositions générales applicables aussi bien aux subsides pour structure d'âge défavorable qu'aux prestations au titre d'insolvabilité.

Dans le souci de préserver les intérêts des institutions de prévoyance concernées, le fonds de garantie, à la demande de celles-ci, rend une décision quant au versement de prestations ou de subsides.

Articles 21 à 23
Ces articles définissent la manière dont les demandes de subsides pour structure d'âge défavorable doivent être présentées au fonds de garantie et comment cet organe verse les prestations correspondantes. Du point de vue matériel, ils correspondent aux dispositions actuellement en vigueur, les modifications apportées n'étant que formelles. Relevons toutefois une innovation: la nouvelle ordonnance prévoit qu'un éventuel solde créditeur n'est plus porté en compte mais effectivement rétrocédé.

Article 24
Cet article énonce qu'en cas d'insolvabilité d'une institution de prévoyance comme en cas d'insolvabilité d'un collectif d'assurés d'une institution collective ou commune, l'institution de prévoyance, en qualité d'organe de jure, est seule à pouvoir déposer une demande auprès du fonds de garantie.

Article 25
Cet article reprend dans une large mesure la pratique actuelle. La nouvelle structure qui a été adoptée a pour objet de montrer que les collectifs d'assurés d'employeurs affiliés individuellement auprès d'institutions collectives ou communes et les institutions de prévoyance sont traités de la même manière au moment où celles-ci se trouvent dans l'incapacité de remplir leurs obligations. Cette égalité de traitement apparaît d'ailleurs déjà dans le texte de loi (cf. art. 56, alinéa 3, LPP). Le **1er alinéa** de cet article pose le principe selon lequel l'insolvabilité existe dès lors que les prestations légales ou réglementaires ne peuvent plus être fournies et qu'un assainissement semble impossible. Le fonds de garantie est tenu de verser des prestations uniquement lorsqu'une institution ou un collectif d'assurés n'est plus en mesure de couvrir lui-même le découvert (voir art. 44, 1er alinéa, OPP2). Cette pratique correspond au fonctionnement actuel du fonds de garantie.
Ce qui est nouveau, en revanche, c'est le fait que la nouvelle ordonnance prévoit désormais le cas où un collectif d'assurés devient insolvable pour des raisons autres qu'un retard dans le paiement des primes. Ainsi, le fonds de garantie est aussi appelé à intervenir si, notamment à la suite de mauvais placements de la fortune de l'institution, le découvert d'un collectif d'assurés atteint des sommes tellement importantes (p. ex: 50%) qu'un assainissement n'est plus envisageable. Selon le droit actuel, le fonds de garantie ne verserait de prestations que si l'employeur tombait simultanément en faillite.
Considérant qu'il est souvent difficile de se prononcer sur les possibilités d'assainissement, le **2e alinéa** précise les situations caractéristiques de l'incapacité de paiement. Les **lettres a et b** reprennent les situations les plus fréquentes, qui sont en fait déjà prévues par le droit actuel.

Article 26
Le 1er alinéa de cet article précise que le fonds de garantie ne se substitue pas à une institution de prévoyance devenue insolvable, celle-ci restant la débitrice des prestations dues aux assurés. A l'égard de l'institution de prévoyance, le fonds de ga-

rantie prend uniquement en charge la somme manquant à l'institution de prévoyance et qui permettra à cette dernière d'honorer ses engagements légaux et réglementaires. Le cas échéant, le fonds de garantie est habilité à verser des avances déjà en cours de procédure. C'est le cas notamment lorsqu'une institution de prévoyance n'est plus en mesure de verser, ou verse partiellement seulement, des rentes ou des prestations en capital, lorsque la procédure qui a été engagée dure trop longtemps, enfin, quand les ayants droit doivent attendre trop longtemps l'argent qui leur est dû.

En vertu du 2e alinéa, la direction du fonds de garantie est libre de déterminer pour chaque cas la manière qui lui semble la plus adéquate en vue de garantir les prestations légales ou réglementaires. Elle peut opter, par exemple, pour un versement en espèces dans telle situation ou choisir, face à un tiers payant (p. ex: une banque) la formule du cautionnement ou de la garantie.

Conformément à l'alinéa 3 de l'ordonnance, la garantie est liée au but visé. Les institutions de prévoyance ont l'obligation d'affecter les ressources versées par le fonds de garantie au paiement des prestations dues. La garantie est toujours adressée à l'institution de prévoyance devenue insolvable. Toutefois, étant donné que celle-ci fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite et que, partant, son pouvoir de décision se trouve restreint, la garantie est adressée à l'institution de prévoyance, mais à l'attention de l'administration de la liquidation ou de la faillite, laquelle a pour mission de gérer les ressources reçues à ce titre séparément de la masse des actifs et de faire en sorte qu'elles ne soient pas utilisées pour payer d'autres débiteurs. En outre, si les ayants droit sont déjà assurés auprès d'une autre institution de prévoyance, l'administration de la liquidation ou de la faillite a le devoir de transmettre les ressources reçues à la nouvelle institution. Cette procédure s'applique par analogie aux dispositions prises en vue de maintenir la prévoyance au sens de l'article 10 de l'ordonnance sur le libre passage.

Chapitre 4: Dispositions finales

Article 27

La nouvelle ordonnance reprenant toutes les dispositions importantes de l'OFG1, de l'OFG2 et du règlement des cotisations et des prestations, ces normes peuvent être abrogées.

Article 28

Depuis l'extension de la garantie d'insolvabilité fournie par le fonds de garantie et la modification correspondante des articles 56 et 57 LPP (en vigueur depuis le 1er janvier 1997), toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage, et non plus exclusivement les institutions dûment enregistrées, sont affiliées au fonds de garantie LPP. Il en résulte que celles-ci restent affiliées au fonds de garantie même si l'autorité de surveillance les radie du registre de la prévoyance professionnelle. Cette disposition entraîne par la même occasion l'abrogation de l'article 10, 2e alinéa, OPP1.

Article 29

Les **1er et 2e alinéas** de cet article régissent la manière dont le fonds de garantie enregistre pour la première fois les nouvelles institutions qui lui sont affiliées. Les institutions déjà existantes, mais non encore enregistrées, ont **jusqu'au 31.10.1998** pour s'annoncer spontanément au fonds de garantie. En ce qui concerne les institutions de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'article 89bis CC non enregistrées, l'autorité de surveillance compétente attire leur attention sur le délai qui leur est imparti. A l'appui de ces informations, le fonds de garantie est en mesure d'établir une liste (cf. article 9 du présent projet). Un système qui repose sur une déclaration spontanée suppose obligatoirement la mise en oeuvre d'un contrôle, le risque existant que certaines institutions omettent de s'annoncer auprès de fonds de garantie dans l'espoir d'"économiser" des cotisations. C'est pour cette raison que les organes de contrôle des institutions de prévoyance sont tenues de vérifier si les institutions de prévoyance se sont effectivement annoncées auprès du fonds de garantie. Dans la négative, l'organe de contrôle de l'institution concernée est tenu d'en informer sans délai le fonds de garantie, qui inscrit alors l'institution de prévoyance dans sa liste et, le cas échéant, lui facture, avec effet rétroactif, les cotisations dues.

Article 29, alinéas 3 et 4, et article 30

L'ordonnance entrant en vigueur le 1er juillet 1998, le conseil de fondation du fonds de garantie fixe pour la première fois en 1999 les taux des cotisations à percevoir en l'an 2000. Les cotisations que les institutions de prévoyance calculent sur cette base et versent effectivement au fonds de garantie arrivent à échéance le 30 juin 2001. Enfin, les cotisations pour les années 1998 et 1999 sont encore perçues sur la base du droit actuellement en vigueur.

Annexe

239 Table chronologique des matières du Bulletin de la prévoyance professionnelle nos 1 à 40

Depuis le 24 octobre 1986, l'OFAS publie, sous la forme de bulletins, des informations traitant les thèmes les plus importants dans tous les domaines de la prévoyance professionnelle. Ces communications ont pour but de permettre d'élucider des problèmes de la prévoyance professionnelle et de faciliter les tâches d'application.

Les réactions de nos lectrices et de nos lecteurs nous le confirment; nos bulletins sont très appréciés et donnent des indications utiles. Pour donner une vue d'ensemble sur l'œuvre complète, nous avons établi une table chronologique de tous les notes marginales parues jusqu'à présent. Une information plus détaillée est en préparation pour le prochain numéro. Nous espérons toutefois que cette première information vous sera utile.

Numéro marginal	No	Date	Titre
1997			
234	40	22.12.1997	Encouragement à la propriété du logement: changement de l'institution de prévoyance et mention
233	40	22.12.1997	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1998
232	40	22.12.1997	Pas d'adaptation des montants-limites en 1998 dans la LPP et dans le pilier
231	39	30.10.1997	Versement d'un capital de prévoyance à une personne vivante en concubinage (prévoyance plus étendue)
230	39	30.10.1997	Transformation d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse
229	39	30.10.1997	Portée de la déclaration d'une institution de prévoyance
228	39	30.10.1997	Licenciement économique et fonds libres

Numéro marginal	No	Date	Titre
227	39	30.10.1997	Récusation de juges
226	39	30.10.1997	Non transfert des cotisations
225	39	30.10.1997	Tâches de l'autorité de surveillance en cas de liquidation
224	39	30.10.1997	Effets du divorce sur les 2e et 3e piliers
223	39	30.10.1997	Affiliation des chômeurs à la LPP pour les risques décès et invalidité
222	39	30.10.1997	Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement
221	39	30.10.1997	Fonds de garantie LPP, taux de cotisation pour 1998
220	39	30.10.1997	Versement des prestations de sortie non réclamées à l'institution supplétive
219	39	30.10.1997	Publication de recommandations spécifiques en italien
Edition spéciale	38	12.3.1997	Indications concernant l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle de personnes au chômage, Edition spéciale
1996			
218	37	11.11.1996	Arrêt du TFA du 22 octobre 1996 dans la cause M-L W.-fondation P. de libre passage
217	37	11.11.1996	Rachat lors de l'entrée dans une institution de prévoyance
216	37	11.11.1996	Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce
215	37	11.11.1996	Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement
214	37	11.11.1996	Modification de l'OPP 2, OPP 3, OFG 2 et OLP au ler janvier 1997
213	37	11.12.1996	Modification de l'OPP 3: Cession au conjoint de droits de prévoyance

Numéro marginal	No	Date	Titre
212	37	11.12.1996	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au ler janvier 1997
211	37	11.12.1996	Montants-limites valables dès le ler janvier 1997
210	37	11.12.1996	Fonds de garantie LPP, taux de cotisation pour 1997
209	37	11.12.1996	Entrée en vigueur de l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité
208	36	16.9.1996	Organigramme de la Division prévoyance professionnelle
207	36	16.9.1996	Aggravation du degré d'invalidité et augmentation de la rente
206	36	16.9.1996	Prestation de libre passage et retraite anticipée
205	36	16.9.1996	Calcul du salaire coordonné à prendre en considération pour le montant de la rente d'invalidité
204	36	16.9.1996	Rente d'invalidité et droit intertemporel
203	36	16.9.1996	Contrôle de l'affiliation des employeurs
202	36	16.9.1996	Modification des prescriptions de l'OPP 2 relatives à la comptabilité et aux placements, utilisation des instruments financiers dérivés
Edition spéciale	35	20.5.1996	Révision de la OPP 2: modification des prescriptions en matière de comptabilité et de placement, utilisation des instruments financiers dérivés, Edition spéciale
1995			
201	34	8.12.1995	Publication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier
200	34	8.12.1995	Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 1996
199	34	8.12.1995	Transfert de la prestation de libre passage à l'institution supplétive

Numéro marginal	No	Date	Titre
198	34	8.12.1995	Inadmissibilité des institutions de prévoyance du personnel constituées sous forme de fondations de libre passage et de fondations de placement
197	34	8.12.1995	Pas d'adaptation des montants-limites en 1996 dans la LPP et dans le pilier 3a
196	34	8.12.1995	Fonds de garantie LPP, taux de cotisation pour 1996
195	34	8.12.1995	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au ler janvier 1996
194	33	12.6.1995	Informations internes: Nouvelle organisation et nouveaux chefs à l'OFAS
193	33	12.6.1995	Circulaires nos 22 et 23 de l'administration fédérale des contributions
192	33	12.6.1995	Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
191	32	21.4.1995	Jurisprudence: L'assuré ne peut choisir entre les prestations de vieillesse et la prestation de libre passage
190	32	21.4.1995	Correctif
189	32	21.4.1995	Instruction et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du régistre foncier et du droit foncier
188	32	21.4.1995	Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
187	32	21.4.1995	LFLP: Réserves pour questions de santé
186	32	21.4.1995	Questions sur le libre passage
185	32	21.4.1995	A propos de l'article 5, alinéa 1, lettre C, LFLP
1994			
184	31	8.12.1994	Montants-limites valables dès le ler janier 1995

Numéro marginal	No	Date	Titre
183	31	8.12.1994	Taux de cotisations pour le fonds de garantie LPP pour 1995
182	31	8.12.1994	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 1995
181	31	8.12.1994	A propos du libre passage
180	31	8.12.1994	Indications concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
Edition spéciale	30	5.10.1994	Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle: Edition spéciale
179	29	17.6.1994	Importantes remarques concernant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (LFLP)
178	28	30.5.1994	Nomination d'une nouvelle responsable à la tête de la section Surveillance de la prévoyance professionnelle à l'OFAS
177	28	30.5.1994	Rente d'invalidité, recouvrement de la pleine capacité de travail et interruption du délai d'attente
176	28	30.5.1994	Contrat d'affiliation, dette de cotisations
175	28	30.5.1994	Age de la retraite différent pour l'homme et pour la femme
174	28	30.5.1994	Mesures provisionnelles
173	28	30.5.1994	Libre passage, encouragement à la propriété du logement et génération d'entrée
172	27	18.1.1994	Pilier 3a: Condition de l'activité lucrative
171	27	18.1.1994	Encouragement à la propriété du logement
170	27	18.1.1994	Mise en oeuvre de la loi sur le libre passage
169	27	18.1.1994	Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée

Numéro marginal	No	Date	Titre
1993			
168	26	16.11.1993	Taux de cotisation pour le fonds de garantie pour l'année 1994
167	26	16.11.1993	Pas d'adaptation des montants-limites en 1994 dans la LPP et le pilier 3a
166	26	16.11.1993	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au ler janiver 1994
165	26	16.11.1993	Bonifications complémentaires uniques pour les membres de la génération d'entrée
164	25	26.7.1993	Rente d'invalidité - Incapacité de travail d'une personne déjà invalide
163	25	26.7.1993	Saisissabilité, sur le plan du droit de poursuite, d'une prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte définitivement la Suisse
162	25	26.7.1993	Cotisations propres de l'assuré dans le calcul de la prestation de libre passage
161	25	26.7.1993	Droit à un libre passage intégral en cas de licenciement de l'employé
160	25	26.7.1993	Intérêts moratoires prélevés sur les rentes d'invalidité
159	25	26.7.1993	Augmentation des émoluments pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle
158	25	26.7.1993	Paiement en espèces de la prestation de libre passage à une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative
157	25	26.7.1993	Qui peut se constituer une prévoyance selon le pilier 3a?
156	25	26.7.1993	Les bonifications complémentaires pour les membres de la génération d'entrée ayant des revenus modestes
155	25	26.7.1993	Renforcement des dispositions en matière de placements de la prévoyance professionnelle

Numéro marginal	No	Date	Titre
154	25	26.7.1993	Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
153	25	26.7.1993	Le remboursement de la prestation de libre passage aux chômeurs ayant acquis un soi-disant statut d'indépendants
152	25	26.7.1993	Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance professionnelle
151	25	26.7.1993	La Commission LPP au cours du premier semestre 1993
150	25	26.7.1993	La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle
1992			
149	24	23.12.1992	Chômage et prévoyance professionnelle
148	24	23.12.1992	Résiliation de contrats d'affiliation
147	24	23.12.1992	Placement de la fortune chez l'employeur
146	24	23.12.1992	Eurolex après le 6 décembre 1992
145	23	20.11.1992	Taux de cotisation pour le fond de garantie LPP pour l'année 1993
144	23	20.11.1992	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix
143	23	20.11.1992	Jurisprudence: De la délimitation entre institutions d'assurance et institutions qui n'ont pas le caractère d'assurance
142	23	20.11.1992	Jurisprudence: Poursuite de la couverture d'assurance
141	23	20.11.1992	Jurisprudence: montant de la prestation de libre passage en cas de licenciement pour raisons économiques
140	23	20.11.1992	Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage

Numéro marginal	No	Date	Titre
139	23	20.11.1992	Des cotisations LPP sont-elles dues sur les indemnités journalières de l'AI?
138	23	20.11.1992	Financement des cotisations d'employeur et d'employé
137	23	20.11.1992	Swaps
136	23	20.11.1992	Conséquences de l'EEE sur la prévoyance professionnelle liée
135	23	20.11.1992	L'EEE et la prévoyance professionnelle
134	23	20.11.1992	Montants-limites valables dès le 1er janiver 1993
133	23	20.11.1992	Modifications de la prévoyance professionnelle VSI
132	22	26.6.1992	Statistique des avoirs de libre passage
131	22	26.6.1992	Les conséquences du traité EEE sur le libre passage
130	21	22.4.1992	Affaire interne
129	21	22.4.1992	Pilier 3a et LP
128	21	22.4.1992	Jurisprudence: Age de la retraite différent pour les assurés hommes et femmes et principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre hommes et femmes
127	21	22.4.1992	La prévoyance professionnelle et l'acquis communautaire
1991			
127	20	30.12.1991	Informations diverses
126	20	30.12.1991	Résiliation des contrats d'affiliation
125	20	30.12.1991	Jurisprudence: Droit acquis concernant les prestations de libre passage

Numéro marginal	No	Date	Titre
124	20	30.12.1991	Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative
123	20	30.12.1991	Jurisprudence: La notion de droit acquis
122	20	30.12.1991	Taux de cotisation pour le fonds de garantie LPP
121	20	30.12.1991	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité à l'évolution des prix au ler janvier 1992
120	20	30.12.1991	Montants-limites valables dès le ler janvier 1992
119	19	12.8.1991	L'organisation de la Division prévoyance professionnelle
118	19	12.8.1991	Prolongation du droit à la rente d'orphelin d'un assuré invalide après l'âge de 18 ans
117	19	12.8.1991	Révision du droit concernant les fondations
116	19	12.8.1991	Ouverture de la procédure de consultation relative à l'encouragement de la propriété du logement dans la prévoyance professionnelle
115	19	12.8.1991	Valeurs des remboursements lors de la dissolution des contrats collectifs d'assurance par une institution de prévoyance
114	19	12.8.1991	Obligation de renseigner dans la prévoyance professionnelle
113	18	25.4.1991	Affaire interne: changement de direction dans la division de la prévoyance professionnelle
112	18	25.4.1991	Le champ d'application de la gestion paritaire des caisses enveloppantes
111	18	25.4.1991	Autorisation de fusions de fondations et répercussions pour les assurés et les institutions de prévoyance
110	18	25.4.1991	Droit foncier et dispositions en matière de placement

Numéro marginal	No	Date	Titre
1990			
109	17	15.10.1990	Jurisprudence: Droit à une rente de veuf
108	17	15.10.1990	Jurisprudence: Compatibilité de l'article 25, 1er alinéa, OPP 2 avec le droit fédéral? (Coordination avec l'assurance-accidents)
107	17	15.10.1990	"Jurisprudence: Versement en espèces de la prestation de libre passage, notion du ""montant insignifiant"""
106	17	15.10.1990	Versement en espèces de la prestation de libre passage, à un stade ultérieur, à un ayant droit qui a entrepris une activité lucrative indépendante
105	17	15.10.1990	Une institution de prévoyance est-elle autorisée à gérer des comptes de libre passage lorsqu'elle est sans nouvelles d'un assuré dont les rapports de travail sont résiliés?
104	17	15.10.1990	Jurisprudence: Cas de rachat d'années d'assurance
103	17	15.10.1990	Jurisprudence: Fixation du salaire coordonné dans le cas d'un travalleur payé à l'heure et qui reçoit son salaire chaque mois
102	16	28.9.1990	Informations - Pro domo
101	16	28.9.1990	Approbation du droit cantonal par le Conseil fédéral conformément au 3e alinéa de l'article 97 LPP
100	16	28.9.1990	Obligation des caisses de compensation AVS de renseigner les organes de la prévoyance et de l'assurance-accidents obligatoire
99	16	28.9.1990	Securities Lending
98	16	28.9.1990	Admissibilité des swaps du taux d'intérêt (opérations de change des intérêts) dans le cadre du placement de la fortune de prévoyance
97	16	28.9.1990	"Bourses négociant les ""Options et Futures"""

Numéro marginal	No	Date	Titre
96	16	28.9.1990	"Disposition en matière de placement pour les institutions de prévouyance professionnelle et pour les institutions d'assurance conformément à l'AFDP, parts à un patrimoine spécial ""immeubles"" des fondations de placement"
95	16	28.9.1990	Les répercussions de l'AFDP sur les dispositions en matière de placement de l'OPP 2
94	15	9.1.1990	Enregistrement définitif des institutions de prévoyance placées sous la surveillance de l'OFAS
93	15	9.1.1990	Taux de cotisation du Fonds de garantie LPP pour les années 1989 et 1990
92	15	9.1.1990	Jurisprudence: transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre et utilisation du solde de la prestation de libre passage non employé pour le rachat dans la nouvelle institution
91	15	9.1.1990	Assujettissement des requérants d'asile à la LPP
1989			
90	14	30.11.1989	Guide pour l'application de l'arrêté fédéral concernant des dispositions en matière de placement, numéro spéciale
89	13	13.11.1989	Informations
88	13	13.11.1989	Obligation de l'employeur de renseigner ses salariés concernant la prévoyance professionnelle
87	13	13.11.1989	Encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance individuelle liée, adjonction d'un 3e alinéa à l'article 3, OPP 3
86	13	13.11.1989	Directives sur le placement pour les institutions de prévoyance non enregistrées
85	13	13.11.1989	L'octroi de prêts hypothécaires par les institutions de prévoyance en faveur de leurs assurés
84	13	13.11.1989	La signification pour la prévoyance professionnelle des mesures d'urgence du droit foncier

Numéro marginal	No	Date	Titre
83	13	13.11.1989	Taux de cotisation du fonds de garantie LPP pour 1990
82	13	13.11.1989	Les prestations légales de l'institution de prévoyance en cas d'insolvabilité
81	13	13.11.1989	"Modification de l'Ordonnance sur l'administration du ""fonds de garantie LPP"" (OFG 2)"
80	13	13.11.1989	Adaptation des rentes LPP de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, au ler janvier 1990, communication du taux d'adaptation
79	13	13.11.1989	Jurisprudence: notion et évaluation de l'invalidité par les institutions de prévoyance
78	13	13.11.1989	Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation
77	13	13.11.1989	Montants-limites valables dès le ler janvier 1990
76	12	28.6.1989	Révision de la LPP
76	12	28.6.1989	Nouveau recueil des textes législatifs concernant la prévoyance professionnelle
76	12	28.6.1989	Examen de la légalité de la gestion dans les institutions collectives
76	12	28.6.1989	Divers
76	12	28.6.1989	Attestation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle
75	12	28.6.1989	LPP et droit pénal
74	12	28.6.1989	Jurisprudence: qualité pour recourir du Département fédéral de l'intérieur (DFI)
73	12	28.6.1989	Jurisprudence: garantie des prestations légales
72	12	28.6.1989	Jurisprudence: utilisation de la créance de libre passage pour financer des contributions spéciales résultant d'augmentations de salaires
71	12	28.6.1989	Jurisprudence: calcul de la prestation de libre passage

Numéro marginal	No	Date	Titre
70	12	28.6.1989	Jurisprudence: intérêts moratoires en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
69	12	28.6.1989	Jurisprudence: date de sortie de l'institution de prévoyance
68	12	28.6.1989	Jurisprudence: notion de salarié dans la LPP, situation de la femme qui travaille dans l'entreprise de son mari
1988			
67	11	28.12.1988	Statut fiscal des indépendants sans personnel
67	11	28.12.1988	Séances de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, de ses sous-commissions et groupes de travail
67	11	28.12.1988	Modifications du code des obligations: Dispositions sur la protection contre le licenciement et la résiliation des rapports de travail
67	11	28.12.1988	Jurisprudence: compensation de la prestation avec des créances en dommages-intérêts
67	11	28.12.1988	Divers
66	11	28.12.1988	"Peut-on admettre les ""Options et Futures"" ou, selon le cas, les opérations à terme comme placements des institutions de prévoyance"
65	11	28.12.1988	Placements chez l'employeur dans les limites fixées dans l'OPP 2
64	11	28.12.1988	L'utilisation des subsides versés par le fonds de garantie LPP en raison d'une structure d'âge défavorable de l'institution de prévoyance?
63	11	28.12.1988	La mainlevée pour les créances de cotisations
62	11	28.12.1988	Rythme de l'adaptation des différentes rentes LPP au renchérissement
61	11	28.12.1988	Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix au ler janvier 1989, communication du taux d'adaptation

Numéro marginal	No	Date	Titre
60	11	28.12.1988	Paiement en espèces en faveur d'un actionnaire principal ou d'un directeur-actionnaire?
59	11	28.12.1988	Versement en espèces de la prestation de libre passage lorsqu'un indépendant dénonce son assurance facultative?
58	11	28.12.1988	Les montants-limites valables pour 1989
57	10	15.8.1988	Séances de commissions et sous-commissions
57	10	15.8.1988	Organigramme de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle et des autres groupes de travail s'occupant de la révision LPP
57	10	15.8.1988	Modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et de l'article 63 LPP
57	10	15.8.1988	Journées d'information de l'OFAS sur l'enregistrement définitif
57	10	15.8.1988	"Enquête du groupe de travail ""Simplifications administratives"""
57	10	15.8.1988	Divers
56	10	15.8.1988	WIR (CEC) comme moyen de paiement selon la LPP?
55	10	15.8.1988	Statistique des caisses de retraite 1987
54	10	15.8.1988	Directives du Conseil fédéral sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés
53	10	15.8.1988	La tenue du compte de libre passage par une institution de prévoyance
52	9	5.5.1988	Revision de la LPP: Objets à examiner par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle
51	8	30.3.1988	Personnel
51	8	30.3.1988	Ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance à l'égard d'une institution d'assurance

Numéro marginal	No	Date	Titre
51	8	30.3.1988	Liste des experts reconnus en matière de prévoyance professionelle
51	8	30.3.1988	Journées d'information de l'OFAS en prévision de l'enregistrement définitif des institutions de prévoyance
51	8	30.3.1988	Divers
50	8	30.3.1988	Les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle
49	8	30.3.1988	Jurisprudence: arrêts du Tribunal fédéral relatifs au contentieux dans la prévoyance professionnelle
48	8	30.3.1988	L'évaluation des placements en actions et la manière de procéder en cas de découverts
47	8	30.3.1988	Institution de prévoyance dont ils relèvent à raison de leur profession
46	8	30.3.1988	Dissolution de contrats d'affiliation
45	7	5.2.1988	Liste des textes législatifs, des dispositions d'application, des tables et répertoires
44	7	5.2.1988	Une nouvelle ordonnance d'application de la LPP: exceptions au maintien du secret
43	7	5.2.1988	La perception des cotisations et la mainlevée
42	7	5.2.1988	L'indépendance de l'expert
41	7	5.2.1988	Indépendance de l'organe de contrôle
40	7	5.2.1988	La couverture du risque accident
39	7	5.2.1988	Jurisprudence: Droit du passant de choisir la forme du maintien de la prévoyance
38	7	5.2.1988	Caractéristiques du compte bancaire de libre passage
37	7	5.2.1988	Rentes de vieillesse anticipées et différées
36	7	5.2.1988	Participation des salariés lors de la dissolution du contrat d'affiliation

Numéro marginal	No	Date	Titre
1987			
35	6	3.12.1987	"Encouragement de l'accession à la propriété du logement dans le cadre du deuxième pilier (rapport du groupe de travail ""Logement"" de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle)"
34	5	1.10.1987	Cotisations au fonds de garantie LPP pour l'année 1988
33	5	1.10.1987	"L'interprétation des notions de ""salarié"", ""employeur"" et ""personne de condition indépendante"" dans la LPP"
32	5	1.10.1987	La nouvelle ordonnance d'application de la LPP, l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix
31	5	1.10.1987	Les montants-limites valables dès le 1er janvier 1988
30	5	1.10.1987	Résiliation rétroactive du contrat d'affiliation
29	5	1.10.1987	Bénéfices de mutation et réserves de cotisations d'employeur
28	5	1.10.1987	Le contrôle d'une tenue correcte des comptes de vieillesse
27	4	10.7.1987	Reconnaissance et autorisation par l'OFAS de fonctionner comme organe de contrôle
26	4	10.7.1987	Jurisprudence, paiement en espèces de la prestation de libre passage à la femme mariée, ou sur le point de se marier, qui met fin à son activité lucrative
25	4	10.7.1987	Calcul de la prestation de libre passage
24	3	22.4.1987	Que deviennent les réserves de cotisations d'employeur en cas de résiliation du contrat d'affiliation, l'employeur ayant fermé son entreprise?
23	3	22.4.1987	Libre transfert dans la prévoyance individuelle liée
22	3	22.4.1987	Jurisprudence, compétence des tribunaux cantonaux

Numéro marginal	No	Date	Titre
21	3	22.4.1987	Les créances considérées comme placements
20	3	22.4.1987	Taux de cotisation au fonds de garantie
19	3	22.4.1987	"A propos de la notion de ""subvenir de façon substantielle"""
18	3	22.4.1987	Le transfert de la prestation de libre passage d'une institution de prévoyance à l'autre
17	3	22.4.1987	Contrôle de la réaffiliation de l'employeur
16	2	19.1.1987	Liste des textes législatifs et des dispositions d'application
15	2	19.1.1987	Rapports entre autorité de surveillance, institution de prévoyance et expert en matière de prévoyance professionnelle
14	2	19.1.1987	Montant de la prestation en capital
13	2	19.1.1987	Maintien de la prévoyance en cas de dissolution des rapports de travail
12	2	19.1.1987	Paiement des intérêts en cas de transfert tardif de la prestation de libre passage
11	2	19.1.1987	Révision de l'AI - effets sur la LPP
10	2	19.1.1987	Bonifications de vieillesse
9	2	19.1.1987	Montants-limites valables pour 1997
1986			
8	1	24.10.1986	Reconnaissance de services communaux de contrôle des finances comme organes de contrôle LPP
7	1	24.10.1986	Reconnaissance de bureaux de révision internes comme organes de contrôle des institutions de prévoyance
6	1	24.10.1986	Délai à observer pour l'instauration de la gestion paritaire dans les institutions de prévoyance enregistrées et pour la désignation d'un organe de contrôle selon la LPP

Numéro marginal	No	Date	Titre
5	1	24.10.1986	L'imposition d'un délai d'attente dans les cas de paiement en espèces de la prestation de libre passage
4	1	24.10.1986	Versement de la prestation de libre passage en espèces en cas de départ définitif pour l'étranger
3	1	24.10.1986	Prestation de libre passage versée en espèces et prestation de vieillesse servie en capital
2	1	24.10.1986	Prestations de survivants pour la femme divorcée
1	1	24.10.1986	Effet rétroactif de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance enregistrée

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 42

du 29 octobre 1998

TABLE DES MATIÈRES

Indications

240 Ouverture de la procédure de consultation sur la première révision de la LPP

241 Adoption du message concernant les avoirs de prévoyance oubliés

242 Programme de stabilisation 1998: mesures touchant la prévoyance professionnelle

243 Annonce au fonds de garantie LPP selon les nouvelles règles de financement

244 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation pour 1999

245 Adaptation au renchérissement des rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire au 1er janvier 1999

246 Ordre des bénéficiaires dans le 2e pilier et dans le pilier 3a

247 Répercussions micro-économiques et macro-économiques de la première révision de la LPP

Prise de position de l'OFAS

248 Le délai de trois ans pour réclamer le paiement en capital en lieu et place de la rente de vieillesse

Jurisprudence

249 Répartition de fonds libres en cas de liquidation partielle d'institutions communes

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

240 Ouverture de la procédure de consultation sur la première révision de la LPP

Le 28 août 1998, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur d'effectuer simultanément une procédure de consultation sur la 11e révision de l'AVS et sur la 1re révision de la LPP.

Le projet de révision de la LPP comporte toute une série de postulats de révision. Ce projet comprend deux volets: le premier présente des solutions concrètes visant à consolider le système de prévoyance, le second soumet à discussion des propositions en vue de son développement.

La partie "consolidation" comprend principalement l'abaissement du taux de conversion appliqué pour calculer la rente de vieillesse et le maintien du niveau des rentes qui y est impérativement lié. Les mesures proposées créent les conditions nécessaires au maintien du niveau actuel des prestations. Les autres points de révision visent pour la plupart à simplifier l'application de la prévoyance.

Les propositions de développement de la prévoyance professionnelle font simplement l'objet d'un exposé matériel; elles ne sont encore formulées dans un texte législatif. Ces propositions visent à améliorer les prestations de manière ciblée (notamment pour les assurés à petit revenu et pour les personnes occupées à temps partiel), afin de remédier aux faiblesses du système de prévoyance. Il s'agit également de tenir compte de l'évolution de la société.

Le Conseil fédéral est conscient du fait que la somme des éléments de révision implique un développement sensible de la prévoyance professionnelle. Les mesures de consolidation et la coordination avec le projet de révision de l'AVS constituent, de l'avis du Conseil fédéral, le paquet actuel de la révision. Quant au développement de la prévoyance, la consultation devrait permettre de déterminer dans quelle mesure la marche à suivre fait l'objet d'un consensus.

La procédure de consultation dure jusqu'au 30 novembre 1998. Les personnes intéressées peuvent commander les documents relatifs à la consultation auprès de l'Office fédéral des assurances sociales, téléphone 031/322 91 51, téléfax 031/324 06 83 (veuillez indiquer le nombre d'exemplaires et la langue souhaitée).

Trois études complètent ces documents. Approfondissant différents aspects du projet, elles portent sur

– l'ordre des bénéficiaires dans le 2e pilier et dans la pilier 3a ;
– les répercussions macro-économiques de la 1re révision de la LPP;
– les répercussions micro-économiques de la 1re révision de la LPP.

Nous présenterons ces études brièvement aux chiffres 246 et 247.

Le tableau suivant donne un aperçu des thèmes importants de la révision:

11e révision de l'AVS **Coordination**	**1re révision de la LPP** **1re partie** **Consolidation**	**1re révision de la LPP** **2e partie** **Développement**
Uniformiser l'âge de la retraite pour femmes et hommes	Adapter le taux de conversion et maintenir le niveau des rentes	Améliorer la prévoyance pour les assurés à petit ou moyen revenu
Flexibiliser l'âge de la retraite pour femmes et hommes	Simplifier le contrôle de l'affiliation des employeurs	Améliorer la prévoyance pour les personnes occupées à temps partiel
Faire commencer à l'âge de 22 ans le processus d'épargne (pour compléter les modèles de flexibilisation de l'AVS)	Améliorer l'information des assurés	Adapter les rentes de vieillesse à l'évolution des prix
Introduire la rente de veuf dans la LPP	Uniformiser la réglementation concernant la prescription du droit aux prestations	Maintenir les mesures pour la génération d'entrée
	Simplifier la réglementation concernant la surveillance en cas de liquidations totales ou partielles d'institutions communes ou collectives	Uniformiser l'ordre des bénéficiaires dans le deuxième pilier
	Préciser les voies de droit concernant les institutions de libre passage	

241 Adoption du message concernant les avoirs de prévoyance oubliés

Le Conseil fédéral a adopté ce message le 21 septembre. Ce dernier comprend surtout une modification de la loi sur le libre passage. A la suite d'émissions de télévision et d'articles dans la presse, il s'est en effet avéré que de nombreux ressortissants étrangers qui avaient travaillé en Suisse étaient rentrés chez eux sans réclamer les fonds qu'ils avaient versés à la prévoyance professionnelle en Suisse. Plusieurs caisses de pension se sont ainsi retrouvées en possession d'avoirs de prévoyance mais sans connaître les adresses des titulaires à qui elles devaient les verser. Le tollé soulevé par les médias a fait que l'OFAS et de grandes institutions de prévoyance ont été submergés de demandes de recherche d'avoirs. Du point de vue politique, le Conseil fédéral a été prié de trouver une solution pour permettre aux ayants droit de faire valoir leurs prétentions.

Pour résoudre ce problème à l'avenir, un groupe de travail d'experts a été instauré, composé de personnalités issues des milieux de l'application de la prévoyance professionnelle et du premier pilier. Ce groupe de travail propose donc de modifier la

loi fédérale sur le libre passage, afin d'introduire une procédure qui permettra de traiter les demandes tout en garantissant la protection des données.

Une Centrale du 2e pilier sera désormais chargée de la coordination et de la recherche dans cette matière. A l'avenir, les institutions concernées (institutions de prévoyance et institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage) devront annoncer, à la **Centrale du 2e pilier**, les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite selon le droit suisse et qui n'ont pas encore retiré leurs avoirs de prévoyance. Celle-ci recherchera, par l'entremise de la Centrale de compensation de l'AVS (CSC), dans le registre des rentes de l'AVS, les adresses des ayants droit. De cette façon, les caisses de pensions et institutions de libre passage concernées pourront entrer en contact avec les assurés en Suisse et à l'étranger. Elle tiendra en outre un registre des assurés avec lesquels les caisses de pension et les autres institutions de prévoyance professionnelle n'ont plus de contact. Ce registre lui permettra ainsi d'informer, sur leur demande, les personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de la retraite, et de leur dire auprès de quelle institution il existe un éventuel compte en leur faveur.

Il est prévu que les fonctions de la Centrale du 2e pilier soient assumées par le **fonds de garantie.** Ce Fonds garantit déjà aujourd'hui les prestations des caisses de pension aux assurés. Il intervient ainsi en cas d'insolvabilité de la caisse de pension et veille à ce que les assurés reçoivent leur argent. La Centrale du 2e pilier sera financée par les contributions des institutions de prévoyance au fonds de garantie. Compte tenu des frais modiques (500 000 francs de frais d'investissement, entre 500 000 francs et 1 million de frais de fonctionnement), il n'est pas nécessaire d'augmenter les cotisations au fonds de garantie.

Le Conseil fédéral désire que la Centrale du 2e pilier entre en fonction aussi vite que possible. Il requiert donc le Parlement de traiter l'affaire dans les deux Chambres lors de la session de décembre 1998, de façon à ce que la modification de la loi sur le libre passage puisse entrer en vigueur dès le 1er avril 1999.

Il restera au Conseil fédéral à promulguer les dispositions d'exécution, dès que le Parlement se sera prononcé sur ce projet. Celles-ci devront également entrer en vigueur au même moment que la modification de la loi elle-même, soit au 1er avril 1999.

Quant aux institutions de prévoyance et aux institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage, elles auront l'obligation d'annoncer à cette centrale (donc au fonds de garantie), selon une procédure qui sera fixée dans l'ordonnance à venir, les avoirs qui peuvent être réclamés par des personnes qui ont atteint l'âge de la retraite et qui n'ont pas fait valoir leurs droits. Par ailleurs, les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent, si elles n'ont plus de contact régulier avec leurs assurés, annoncer au fonds de garantie les fonds en leur possession. Les détails de la procédure qui seront réglés dans l'ordonnance seront expliqués le moment venu dans un bulletin spécial.

242 Programme de stabilisation 1998: mesures touchant la prévoyance professionnelle

Le 1er octobre 1998, le Conseil fédéral a adopté le message concernant le programme de stabilisation 1998. Ce programme contient un train de mesures conçu comme un tout indissociable visant à atteindre l'objectif budgétaire 2001 de la Confédération.

Ces mesures touchent également la prévoyance professionnelle. Il s'agit de combler les lacunes du système fiscal qui ne concordent plus avec le mandat constitutionnel de la prévoyance professionnelle (permettre de maintenir de façon appropriée le niveau de vie antérieur, compte tenu des prestations du 1er pilier).

Limitations
Le Conseil fédéral estime que ces lacunes ne sont pas justifiées. Il trace les lignes directrices fiscales pour la prévoyance professionnelle en optant pour une série de limitations en vue du maintien du but mentionné de la prévoyance, à savoir:

– Le **salaire assurable maximal** des salariés et le **revenu assurable maximal** des indépendants sont fixés à quatre fois le plafond défini à l'art. 8, al. 1, LPP. Ce nouveau montant-limite s'élève donc à 286 560 francs (état 1998).

– Les **prestations assurables maximales du 2e pilier** se montent à 70 % du salaire assuré des salariés ou du revenu des indépendants.

Exemples:

Salaire brut en francs	Salaire assuré en francs	Prestations maximales en francs	Remarques
71 640	47 760	33 432	maximum LPP
100 000	76 120 *	53 284	régime surobligatoire
310 440	286 560 *	200 592	maximum du régime surobligatoire

*) salaire assuré selon le règlement, hypothèse: salaire brut moins la déduction de coordination LPP

– Le **rachat de prestations réglementaires de l'institution de prévoyance** peut s'élever au maximum au tiers du plafond LPP (art. 8, al. 1, LPP), multiplié par le nombre d'années depuis l'entrée dans l'institution de prévoyance jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite.

Exemples:

Age d'entrée	Nombre d'années jusqu'à la retraite *	Rachat maximal en francs
40 ans	25	597 000
45 ans	20	477 600
50 ans	15	358 200
55 ans	10	238 800
60 ans	5	119 400

*) hypothèse: retraite à 65 ans pour les hommes et les femmes

Les mesures prévues concernent la totalité du 2e pilier (la prévoyance minimale obligatoire et la prévoyance surobligatoire). Les limitations n'auront cependant d'effet que sur la prévoyance surobligatoire, et principalement pour les assurés ayant un revenu élevé.

Imposition plus forte
Le message prévoit également d'imposer plus fortement la prestation de prévoyance en capital. Il s'agit de faire ainsi un premier pas vers l'égalité de traitement fiscal avec la rente. Cette mesure aura les effets suivants:

L'impôt annuel sur les prestations en capital de la prévoyance professionnelle sera maintenu, de même que l'imposition séparée du reste du revenu. Mais l'imposition se fera désormais à raison de la moitié du barème ordinaire, au lieu du cinquième de ce barème, et au minimum au taux de 2 pourcent.

Exemples*:

Imposition du capital versé à un homme marié âgé de 65 ans		
Prestation en capital en francs	Impôt selon le droit actuel en francs	Impôt selon la proposition en francs
50 000	60.80	1000.00
100 000	485.00	2000.00
200 000	2834.80	7087.00
500 000	10 634.80	26 587.00
1 000 000	23 000.00	57 500.00

*) Source: tableau relatif à l'art. 38 LIFD, message concernant le programme de stabilisation, p. 103.

243 Annonce au fonds de garantie LPP selon les nouvelles règles de financement

Tâche des institutions de prévoyance
Le fonds de garantie LPP est financé par les cotisations annuelles des institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) et par le rendement de sa fortune (art. 12 de l'ordonnance sur le "fonds de garantie LPP", OFG, RO 1998 II 1662). Pour l'enregistrement des institutions de prévoyance soumises à la LFLP, la nouvelle ordonnance prévoit un système de déclaration spontanée (cf. à ce sujet le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 41 du 1er juillet 1998, ch. marg. 238). Selon ce système, toutes les institutions de prévoyance qui sont soumises à la LFLP, mais non enregistrées conformément à l'article 48 LPP, ont l'obligation de s'annoncer par écrit, jusqu'au 31 octobre 1998, à la direction du fonds de garantie (art. 29 OFG).

Nous demandons à toutes les institutions de prévoyance non enregistrées selon l'article 48 LPP de déterminer si elles sont soumises à la loi sur le libre passage (cf. à ce propos l'art. 1, al. 2, LFLP). Dans l'affirmative, nous les prions de veiller à ce qu'elles soient annoncées au fonds de garantie. Pour tout complément d'information, les institutions de prévoyance peuvent s'adresser à l'autorité de surveillance

compétente ou directement au fonds de garantie (adresse de la direction: case postale 5032, 3001 Berne, tél. 031 320 61 71).

Tâche de l'organe de contrôle
Selon l'article 29, alinéa 2, OFG, il incombe à l'organe de contrôle d'examiner si une institution de prévoyance a rempli son obligation dans les délais. Si elle a omis de s'annoncer, l'organe de contrôle le mentionnera dans son rapport concernant 1998. De plus, il en informera sans délai l'organe de direction du fonds de garantie.

244 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation pour 1999

L'Office fédéral des assurances sociales a décidé le 1er octobre 1998 de maintenir le taux de cotisation à 0,1 % de la somme des salaires coordonnés. Il a ainsi suivi la proposition du conseil de fondation.

Ont actuellement encore l'obligation de payer des cotisations les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle. Le calcul du taux de cotisation se fonde sur la somme des salaires coordonnés des tous les assurés tenus de cotiser pour leurs prestations de vieillesse. Le salaire coordonné est la part du salaire annuel comprise entre 23 880 et 71 640 francs. Il s'élève donc à 47 760 francs au maximum.

Entre temps, le système de cotisation a été modifié. L'ordonnance y relative est entrée en vigueur le 1er juillet 1998 (ordonnance sur le "fonds de garantie LPP", OFG, RO 1998 II 1662). Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage participeront désormais au financement du fonds de garantie. Mais les cotisations pour 1999 seront encore perçues conformément à l'ancien droit (art. 29, 4e al. OFG). En 1999, le taux de cotisation pour l'an 2000 sera calculé pour la première fois selon le nouveau système de cotisation (cf. aussi le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 41 du 1er juillet 1998, ch. marg. 238).

245 Adaptation au renchérissement des rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire au 1er janvier 1999

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, á partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

L'indice générale des prix à la consommation établi par l'OFS sur la base de mai 1993 = 100 est appliqué pour la première fois.

Première adaptation
Dès le 1er janvier 1999, les rentes du régime obligatoire qui ont été versées pour la première fois au cours de l'année 1995 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à 1,0 %.

Adaptations subséquentes
Les adaptations subséquentes s'effectuent en même temps que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.
Au 1er janvier 1999, pour cette raison, les rentes de survivants et d'invalidité qui ont été versées pour la première fois avant l'année 1995 seront adaptées comme il suit:

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation subséquente au 1.1.1999
1985 - 1993	1.1.1997	0,5 %
1994	1.1.1998	0,1 %

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

246 Ordre des bénéficiaires dans le 2e pilier et dans le pilier 3a

Dans le domaine de la prévoyance, les "bénéficiaires" sont les personnes qui reçoivent les avoirs de prévoyance au décès de la personne assurée. Or, la notion de "bénéficiaires" ainsi que les droits y afférents, sont définis différemment dans le cadre du 2e et du 3e pilier. Ainsi, dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire, seuls la veuve, les orphelins et la femme divorcée sont considérés comme bénéficiaires. Dans la prévoyance surobligatoire et dans l'ordonnance sur le libre passage, le cercle des bénéficiaires peut être étendu, au-delà des survivants au sens de la LPP, a savoir au veuf, aux personnes entretenues de manière substantielle par la personne assurée et aux héritiers légaux. Dans le pilier 3a, il est en outre possible de désigner les héritiers institués comme bénéficiaires.

La procédure de consultation en cours de la 1ère révision LPP pose la question de savoir si, au vu des définitions différentes des bénéficiaires, il ne serait pas opportun, voire nécessaire, de trouver une définition identique et de formuler des objectifs de prévoyance communs dans le 2e et dans le 3e pilier a. Il s’agit, en particulier, de savoir s’il convient d’étendre la notion de prévoyance ou au contraire, de la réduire à sa conception primaire.

Dans ce même ordre d'idées, si la désignation comme "bénéficiaires" des personnes vivant en ménage commun hors mariage semble bien aller dans le sens de

l'évolution socio-politique, les possibilités d'une telle désignation sont très limitées au regard du droit actuel. Cette situation ne correspond plus, ni aux différentes formes actuelles de la vie commune, ni à la conception moderne de l'égalité entre les partenaires.

La corrélation entre les prétentions découlant du droit de la prévoyance, du droit de la famille et surtout du droit successoral pose un problème important de coordination à différents égards (par exemple la réglementation relative à la réserve en droit successoral, les exigences formelles concernant la désignation des bénéficiaires, la réduction du niveau de la prévoyance) et sont source d'insécurité juridique.

Une étude sur ce thème a été réalisé, sur mandat de l'OFAS, par le professeur Thomas Koller de l'université de Berne. Intitulée *L'ordre des bénéficiaires des deuxième et troisième pilier*, elle peut être commandée auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne (n° de commande: 318.010.18/98 d ou f).

247 Répercussions micro-économiques et macro-économiques de la première révision de la LPP

L'OFAS a fait faire deux études pour analyser les répercussions économiques des propositions de développement présentées dans le rapport explicatif sur la 1re révision de la LPP. La première, effectuée par le bureau INFRAS, s'attache au plan micro-économique, la seconde, réalisée par le Centre de recherche conjoncturel de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich, s'attache au plan macro-économique. En résumé, elles arrivent aux conclusions suivantes:

Sur le plan ***micro-économique***, les effets de la révision affectent directement le porte-monnaie des ménages, mais de manière très différenciée. En effet, certains salariés n'étaient, jusque là, pas soumis à la LPP (salaire annuel AVS inférieur à 23'880 francs) et ne paiaient donc pas de cotisations à leur caisse de pension. Ces nouveaux assurés verront donc leurs revenus diminuer du montant des cotisations à payer. Si ces dernières devraient être prises en charge normalement à raison de moitié par l'employeur et à raison de l'autre moitié par le salarié, les études d'INFRAS relèvent toutefois que l'on assiste presque toujours à une répercussions des nouvelles charges sur les salariés. Ce processus de report est fonction :

– du niveau de concurrence internationale de la branche en question
– du genre et de la qualification de la main d'œuvre salariée (conditions régnant sur le marché du travail).

Si, pour certains salariés, les nouvelles charges passeront presque inaperçues, l'étude relève que ce sont principalement les salariés à revenus modestes qui subiront une diminution du pouvoir d'achat par un assujettissement à la LPP. Parmi les branches qui seront le plus affectées, citons entre autres l'industrie textile et la restauration, sans oublier l'industrie du cuir et de la chaussure, les services personnels et ceux de la santé, le domaine de la culture, du sport et des loisirs, ainsi que les organismes religieux et ceux en rapport avec les hébergements sociaux.

La seconde étude mentionne que les effets ***macro-économiques*** seront essentiellement perceptibles à court terme sur le taux d'occupation et sur les recettes fiscales. L'amplitude des changements sera fonction de la branche et du niveau de concurrence qui y règne. Concernant le taux d'occupation, la demande de travail étant relativement rigide par rapport au salaire, il ne faut pas s'attendre à des changements conséquents sur ce plan. Quant aux recettes fiscales, le rapport fait état d'une diminution. Le revenu imposable des nouveaux assurés diminuera du montant des cotisations LPP. Celui des personnes à mi-parcours de vie active sera réduit aussi. En effet, certaines mesures sont à l'étude pour augmenter le capital-vieillesse : le revenu s'en trouvera donc diminué d'autant. Ce manque à gagner ne sera que partiellement récupéré ultérieurement par une hausse du revenu des futurs rentiers. La Confédération, les cantons et les communes ne retrouveront pas intégralement ce qu'ils ont concédé aux cotisants. La perte globale est estimée à 40 millions de francs par année.

Les deux études concluent que les mesures prises dans le cadre de la première révision LPP n'auront, sur un plan général, qu'un très faible impact, voire insignifiant. Quant aux différents modèles proposés, ce n'est qu'après 40 ans qu'ils déploieront leurs pleins effets.

Commande auprès de l'OFCIM, 3000 Berne:
N° 318.010.19/98 d ou f : Etude sur les répercussions de la 1re révision de la LPP au niveau micro-économique
N° 318.010.20/98 d ou f : Etude sur les répercussions de la 1re révision de la LPP au niveau macro-économique (parution : décembre 1998)

Prise de position de l'OFAS

248 Le délai de trois ans pour réclamer le paiement en capital en lieu et place de la rente de vieillesse

(art. 37, al. 3 LPP)

L'article 37 alinéa 3 LPP fixe un délai de 3 ans pour réclamer le paiement en capital, lorsqu'il s'agit d'une prestation de vieillesse et que le règlement le prévoit. Ce délai est destiné à empêcher les conséquences de l'antisélection dans une caisse de pensions (l'antisélection est, dans ce contexte, la détérioration de la structure des risques au détriment de la caisse de pension due au fait que les assurés optent pour le versement en capital des prestations de vieillesse avant leur exigibilité).

L'OFAS considère cette période de trois ans comme un délai raisonnable pour permettre à la caisse d'éviter ou de limiter les conséquences de l'antisélection. Une consultation de la Chambre suisse des actuaires-conseils et de l'Association suisse des actuaires a permis de constater que ce délai est actuariellement nécessaire. Cependant, le délai peut être raccourci sur la base de critères objectifs (possibilités

financières de la caisse; tous les destinataires sont traités de la même manière), si le règlement le prévoit et que l'expert l'estime possible.

Dès lors, au vu de ces circonstances, l'OFAS admet que les institutions de prévoyance ont la possibilité de s'en écarter dans leur règlement, pour autant que le risque d'antisélection n'ait pas d'effets pour la caisse en question et que cette manière de procéder soit jugée possible par l'expert de la caisse en question.

L'OFAS a constaté que cette règle est déjà appliquée par un certain nombre d'institutions de prévoyance et qu'elle ne pose pas de problèmes particuliers. De plus, en laissant aux caisses de pension le soin de décider si elles ont besoin d'une mesure de ce genre, on gagne en transparence et on évite d'avoir une situation dans les faits qui ne correspond pas à la situation juridique.

Jurisprudence

249 Répartition de fonds libres en cas de liquidation partielle d'institutions communes

(Deux jugements du Tribunal fédéral du 30 avril 1998: 2A.538/1997 et 2A.539/1997)

(Art. 23 LFLP, instructions de l'OFAS du 19.10.1992 concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur)

Dans une fondation collective, les employeurs affiliés sont économiquement indépendants les uns des autres et chaque caisse de prévoyance est régie par un règlement et une organisation qui lui est propre.
En revanche, la fondation commune se distingue par le fait qu'elle ne tient pas de comptabilité séparée pour chaque affiliation et que les rapports de prévoyance sont régis par un même règlement qui s'applique à l'ensemble des assurés; en outre, celle-ci dispose d'une fortune de prévoyance commune à tous les assurés.

Dans une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LFLP, le Tribunal fédéral, a considéré qu'une liquidation partielle s'imposait, en vertu du droit des fondations, lorsque les modifications structurelles de l'entreprise dues aux mauvaises conditions économiques entraînaient du même coup une diminution importante de l'effectif du personnel. Les principes de la bonne foi et de la confiance commandent que la fortune du fonds de prévoyance suive le personnel et celui de l'égalité de traitement interdit qu'un groupe d'assurés soit privilégié au détriment des autres. A la lumière de ces considérations, un partage approprié de la fortune de la fondation est ainsi possible (ATF 119 Ib 46 cons. 4e; 110 II 436 cons. 4 et 5).

La réglementation de la LFLP applicable à la résiliation des contrats d'affiliation repose sur ces principes incontournables du droit des fondations. En cas de résiliation de contrats d'affiliation, il est plus aisé, pour les fondations collectives, de

procéder à une liquidation partielle que ce n'est le cas pour les fondations communes. Ces problèmes peuvent néanmoins être résolus sur la base des instructions de l'OFAS. Pour les fondations communes, la liquidation partielle ne pose en tout cas pas de problèmes structurels insurmontables. Il n'y a donc aucune raison de s'écarter des principes régissant la prévoyance et le droit des fondations pour ce type de fondation.

Le groupe d'assurés sortant a ainsi droit à une part appropriée des fonds libres qu'il s'agit d'évaluer en prenant en considération le rapport entre le capital d'épargne (ou de couverture) qu'il représente et l'ensemble de la fortune de la fondation commune, de même qu'en tenant compte de la durée du contrat d'affiliation. Le principe de solidarité vaut tant que les assurés sont affiliés à l'institution commune. En cas de départ d'un groupe d'assurés, le principe du droit des fondations qui reconnaît aux assurés sortants le droit à une égalité de traitement appropriée par rapport à ceux qui restent dans l'institution commune, prévaut. Il n'y a aucune raison objective de traiter différemment un collectif d'assurés quittant une fondation commune d'un collectif d'assurés quittant une fondation collective. La fondation commune, au même titre que toutes les autres institutions de prévoyance, est tenue, lors d'une liquidation partielle, de respecter le principe (du droit des fondations et du droit de la prévoyance) de l'égalité de traitement entre les différents destinataires. Il résulte de ce principe, de même que de celui de la sauvegarde du but de la fondation de prévoyance, que les fonds libres doivent être répartis périodiquement – dans le mesure du possible et si cela s'avère nécessaire – indépendamment de la forme de l'institution de prévoyance et répartis, c'est-à-dire qu'ils doivent être utilisés en faveur d'assurés (actifs et passifs) qui ont participé à leur constitution.

N'est en soi pas pertinente l'argumentation de la recourante selon laquelle la répartition des fonds libres de l'institution commune peut léser les assurés restants, dans la mesure où, en cas d'affiliation, les nouveaux assurés ne sont pas tenus au rachat d'une part des fonds libres existants, et peut ainsi porter atteinte à l'existence même de l'institution de prévoyance. Cette argumentation méconnaît les instructions de l'OFAS en vertu desquelles le groupe d'assurés sortant n'a droit à une part des fonds libres uniquement lorsque le contrat d'affiliation est en vigueur depuis 2 ans au moins et que ces derniers – comme valeur indicative – représentent plus de 10 pour cent de la fortune liée de l'institution de prévoyance. On garantit ainsi que le groupe d'assurés sortant ait réellement contribué à la formation des fonds libres correspondant et, d'un autre côté, on met à disposition de la caisse un certain "capital d'entreprise". Les fonds libres n'ont par ailleurs plus la même signification lorsqu'ils font l'objet d'une répartition périodique.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°43

du 30 novembre 1998

TABLE DES MATIERES

Indications

250 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1999

Prise de position de l'OFAS

251 Interdiction de l'exclusion du risque accidents

252 Introduction de l'Euro: impact sur les institutions de prévoyance dans le cadre des directives de placement et des limites de l'OPP 2

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

250 Montants-limites valables dès le 1er janvier 1999

(art. 2, 7, 8, 46 et 56 LPP; art. 7 OPP 3, art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionelle de personnes au chômage)

Le 11 novembre 1998, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 99 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1999. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, les limites inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 995 à 1'005 francs à partir du 1er janvier 1999, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

Pour la prévoyance professionnelle obligatoire

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire annuel minimal (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	23 880 fr.	**24 120 fr.**
– Déduction de coordination (art. 8 al. 1 LPP)	23 880 fr.	**24 120 fr.**
– Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	71 640 fr.	**72 360 fr.**
– Salaire coordonné maximal	47 760 fr.	**48 240 fr.**
– Salaire coordonné minimal (art. 8 al. 2 LPP)	2 985 fr.	**3 015 fr.**
– Salaire coordonné maximum donnant droit à une bonification complémentaire (art. 21 OPP 2)	19'200 frs	**19'440 frs**

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1999. Cette publication peut, dès fin décembre 1998, être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3000 Berne.

Pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées ci-dessus a pour effet

d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

	montants actuels	**nouveaux montants**
– avec affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP3)	5 731 fr.	**5 789 fr.**
– sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP3)	28 656 fr.	**28 944 fr.**

Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage

L'assurance chômage se base sur un régime d'indemnités journalières. Pour cette raison, les montants-limites prévus pour les chômeurs obligatoirement soumis au 2e pilier seront convertis en montants journaliers (art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionelle de personnes au chômage).

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire journalier minimal	91 fr. 70	**92 fr. 60**
– Salaire journalier maximal	275 fr. 10	**277 fr. 90**
– Salaire journalier assuré minimal	11 fr. 50	**11 fr. 60**
– Salaire journalier assuré maximal	183 fr. 40	**185 fr. 30**

Prestations assurées par le fonds de garantie

Le fonds de garantie assure également les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Mais cette garantie visée par la LPP couvre au plus les prestations calculées sur la base d'un salaire déterminant AVS qui ne doit toutefois pas dépasser une fois et demie la limite supérieure du salaire annuel fixée à 72 360 francs (art. 56 al. 1 let. c et al. 2 LPP).

	montant actuel	**nouveau montant**
Limite du salaire maximal	107 460 fr.	**108 540 fr.**

Prise de position de l'OFAS

251 Interdiction de l'exclusion du risque accidents

Depuis quelques temps, nous recevons des avis et des plaintes selon lesquels des institutions de prévoyance établissent des certificats d'assurance d'où il ressort que le risque invalidité en cas d'accident n'est pas assuré. Nous tenons à préciser que même si le risque accidents est formellement exclu de l'assurance surobligatoire, en matière de LPP minimum obligatoire, l'assurance ne peut plus exclure le risque accidents depuis l'arrêt du TF du 31 août 1990, publié dans le Bulletin LPP no. 17 du 15 octobre 1990, sous chiffre 108 qui a conduit à la modification de l'article 25 OPP 2. Dès lors, les certificats d'assurance qui mentionneraient l'exclusion du risque accidents ne sont pas conformes à la LPP et doivent être corrigés en conséquence.

252 Introduction de l'EURO: impact sur les fondations de prévoyance dans le cadre des directives de placement et des limites de l'OPP 2

(art. 71 LPP; 49, 54 - 55, 59 OPP 2)

Sur les quinze pays actuellement membres de la Communauté économique européenne, onze participeront à l'Union monétaire européenne (Belgique, Allemagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal et Espagne). L'introduction de l'euro, prévue pour le 1er janvier 1999, sera une petite révolution aussi bien pour les pays membres de l'UE que pour la Suisse, seul îlot au milieu de cette zone.

Du point de vue suisse, l'euro n'est autre qu'une devise de plus parmi le panel existant. La création de l'euro diminuera toutefois l'offre existante sur le marché des devises, et partant, les possibilités de diversification pour les institutions de prévoyance. Il s'agit-là d'un aspect dont les institutions de prévoyance suisses devront tenir compte dans leur stratégie de placement. Le franc suisse pourrait devenir plus volatil. La nouvelle monnaie simplifiera les opérations de change. Elle accroîtra la transparence des prix et la concurrence dans l'union. La Suisse se trouvera quelque peu désavantagée face à la concurrence européenne, car les pays membres seront débarrassés du risque de change et des opérations de couverture qui y sont liés, ce qui ne sera pas le cas pour notre pays.

En ce qui concerne la loi (art. 71 LPP) et l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle (art. 49 ss. OPP 2), aucune référence ou mention directe n'est faite par rapport à l'euro. Une réglementation spécifique à l'euro n'est toutefois pas nécessaire, vu qu'il est considéré comme une devise étrangère „normale". Or, il n'existe pas de directives qui obligeraient les institutions de prévoyance à effectuer leurs placements en des devises étrangères déterminées. En ce qui concerne les limites de placement, l'article 54, lettre f, de l'OPP 2 fixe ainsi les limites possibles

des placements en devises étrangères, soit à 20 % en monnaies étrangères ou créances libellées en monnaies étrangères. Dans le cadre des limites globales, l'article 55, lettres d et e, de l'OPP 2 autorise les caisses à détenir jusqu'à 30 % au plus d'avoirs en devises étrangères. Ces dispositions s'appliqueront également à l'euro qui sera considéré comme devise aux côtés des autres monnaies étrangères. En se référant à l'article 59 OPP 2 et dans le cadre de sa politique de placement, l'institution de prévoyance peut s'écarter des limites de placement, ainsi que des limites relatives aux monnaies étrangères, pour autant qu'elle établisse, en s'appuyant sur l'avis d'une personne qualifiée, que ces écarts sont justifiés.

Si la suppression des monnaies nationales simplifiera les transactions de manière générale, les articles 71 LPP (administration de la fortune) et 50 OPP 2 (sécurité et répartition du risque) conservent toute leur importance. Les placements devront être répartis de façon appropriée, en tenant compte, comme par le passé, des risques, des régions et des secteurs économiques.

Les limitations ne s'appliquent donc pas à une monnaie déterminée, mais bien à l'ensemble des placements en monnaies étrangères. Au vu de ce qui précède, aucune adaptation de la loi ou des ordonnances n'est donc nécessaire pour le passage à l'euro.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°44

du 14 avril 1999

TABLE DES MATIERES

Indications

253 11e révision de l'AVS et 1re révision de la LPP : premières décisions du Conseil fédéral

Prise de position de l'OFAS

254 Montant maximal du gain assuré dans la prévoyance professionnelle surobligatoire

255 Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle et amortissement des fonds octroyés conformément à la LCAP

Jurisprudence

256 Equivalence des cotisations et des prestations d'entrée

257 Rente de veuf

258 Notion d'incapacité de travail et principe d'assurance

259 Rente d'invalidité et principe d'assurance

260 Evaluation de l'invalidité

261 Evaluation de l'invalidité - état de fait déterminant

262 Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du salaire et versement différé de la rente d'invalidité

263 Émoluments en cas de versement anticipé ou de mise en gage des prestations de vieillesse

264 Rentes d'invalidité - Avantages injustifiés

265 Procédure - Compétence des autorités juridictionnelles

266 Actions en constatation

267 Compensation et compétence pour trancher des questions préjudicielles

Annexe

communiqué de presse du 6 avril 1999

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

253 11e révision de l'AVS et 1re révision de la LPP : premières décisions du Conseil fédéral

Le 31 mars 1999, le Conseil fédéral a débattu de la 11e révision de l'AVS et de la 1re révision de la LPP et a indiqué la direction à suivre désormais. Une première évaluation des procédures de consultation a montré clairement que la nécessité des objectifs des deux projets est reconnue.

S'agissant de la 11e révision de l'AVS, le Conseil fédéral a décidé de s'en tenir aux recettes supplémentaires proposées afin de garantir le financement à long terme de cette assurance sociale. En élaborant son modèle d'âge flexible de la retraite dans l'AVS, le Conseil fédéral entend renoncer à certains éléments d'extension. Pour l'AVS, cela signifie le maintien du programme de révision figurant dans la procédure de consultation, mais aussi l'élaboration d'un nouveau modèle de flexibilisation de l'âge de la retraite.

En ce qui concerne la 1re révision LPP, le Conseil fédéral a décidé de s'en tenir à des mesures de consolidation du système de prévoyance. Pour des raisons de coûts, il a renoncé à étendre la protection d'assurance aux personnes disposant de faibles revenus ou travaillant à temps partiel.

L'OFAS a fait un communiqué de presse sur ce sujet qui est joint en annexe.

Prise de position de l'OFAS

254 Montant maximal du gain assuré dans la prévoyance professionnelle surobligatoire

Le législateur a fixé une limite supérieure au gain assuré dans la prévoyance professionnelle **obligatoire**; le salaire coordonné est calculé sur la base du salaire AVS.
Aucune disposition légale par contre ne réglemente la prévoyance **surobligatoire**. Ni la LPP, ni les articles 331 s. CO ne fixent de limite supérieure au gain assuré.

1. Y a-t-il une limite supérieure du gain assurable?

L'article 34^{quater}, al. 3, de la constitution fédérale entend permettre aux assurés de maintenir de façon **appropriée** leur niveau de vie antérieur. La question se pose donc de savoir comment interpréter le terme "approprié".
Il est bien entendu qu'"approprié" ne peut être assimilé à "illimité". En effet, le silence de la loi en matière de limite n'autorise pas à conclure à l'absence d'une telle limite. Une interprétation de cet ordre serait manifestement contraire à la constitution. S'il

n'y avait pas de limite, la question de savoir comment interpréter le terme "approprié" ne se poserait pas.
On peut donc en conclure qu'il y a un gain maximum assurable dans le domaine surobligatoire aussi.

2. Quel est le gain maximum assurable?

La prévoyance surobligatoire relève elle aussi de la prévoyance professionnelle. Linguistiquement le terme de prévoyance **professionnelle** indique qu'il s'agit d'une prévoyance en **rapport direct avec l'activité professionnelle**. C'est d'ailleurs l'objectif de la prévoyance professionnelle de prévenir les conséquences économiques des risques de vieillesse, de décès et d'invalidité, autrement dit la perte de soutien liée à la réalisation du risque (= perte de salaire consécutive à la cessation de l'activité lucrative*).* Il s'ensuit que cette prévoyance est étroitement liée au revenu de l'activité lucrative. Une forme de prévoyance définissant le gain assuré indépendamment du revenu de l'activité lucrative (et donc du salaire déterminant dans l'AVS) ne peut donc pas constituer une prévoyance professionnelle au sens de ce qui précède. Il reste naturellement possible de prendre en considération, dans la fixation du salaire assuré, des particularités telles que de fortes fluctuations du revenu et de s'écarter ainsi du salaire déterminant dans l'AVS, comme le prévoit d'ailleurs la prévoyance obligatoire (art. 3 OPP 2).

Une prévoyance reposant sur un gain assuré supérieur au gain effectif relève donc de la prévoyance individuelle, c'est-à-dire du 3^{e} pilier (complément individuel apporté aux deux premiers piliers en fonction des besoins personnels; voir aussi, sur le concept des trois piliers, le rapport de 1998 de la Commission d'experts lacunes fiscales et les renvois correspondants).

En résumé et pour conclure, le gain assuré dans la prévoyance professionnelle (piliers 2a et 2b) ne peut dépasser le salaire déterminant dans l'AVS.

255 Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle et amortissement des fonds octroyés conformément à la LCAP

(Loi fédérale du 4. octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété du logement (LCAP; RS 843); article premier, 1er al., let. c, OEPL).

L'OFAS ainsi que l'Office fédéral du logement (OFL) sont de plus en plus souvent confrontés à des demandes d'assurés ou d'institutions de prévoyance professionnelle, qui désirent connaître leurs avis au sujet de la possibilité de rembourser des avances octroyées conformément à la loi fédérale citée en exergue à l'aide des fonds de la prévoyance professionnelle. En règle générale, ces avances sont remboursables dans un délai de 25 à 30 ans environ après le début du versement de l'aide fédérale. La date d'entrée en vigueur de la LCAP au 1er janvier 1975 explique qu'actuellement nombre d'institutions appliquant la prévoyance professionnelle sont confrontées à cette loi particulière.
En vertu de cette dernière, tout propriétaire d'immeuble a la faculté d'obtenir de la Confédération des contributions destinées à abaisser les loyers (cf. art. 36ss;

abaissement de base). L'article 37, 4e alinéa, LCAP précise en outre que ces avances doivent porter intérêts.
Le remboursement de ces avances octroyées posent deux questions en rapport avec la loi sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle:

– a première est de savoir si on peut assimiler l'abaissement de base à un prêt hypothécaire au sens de l'article premier, 1er al., let. c, OEPL.

– la deuxième est de savoir si le montant des avances à rembourser peut être scindé en une part amortissement et une autre part intérêts à payer sur ces avances (cf. article 37, 4e alinéa, LCAP).

Il faut préciser en effet, en ce qui concerne les annuités, que les fonds de la prévoyance professionnelle ne peuvent servir qu'à rembourser la part d'amortissement de celles-ci (cf, articles 30 c LPP et 1er al., let. c, OEPL et les commentaires y relatifs). Etant donné qu'il s'agit essentiellement d'une question touchant la qualification juridique de l'abaissement de base, l'OFAS a demandé à l'OFL son avis à ce sujet.

Il ressort en substance des considérations de l'OFL que l'abaissement de base n'est certes pas un prêt identique à un prêt hypothécaire dans la mesure où il s'agit de deniers publics qui ne sont pas versés en une fois mais en tranches. Néanmoins, dans la mesure où l'OFL agit en quelque sorte comme un établissement bancaire pour ce qui est des relations contractuelles résultant de l'emprunt, il est d'avis que l'on peut répondre à la première question par l'affirmative.

A la deuxième question, l'OFL répond par la négative. Cet office considère en que les intérêts dus sur les avances ne peuvent pas être assimilés à une part de rétribution du capital prêté. Il est en effet impossible de fixer à l'avance le montant total de l'abaissement de base puisque ce système est dynamique et varie en fonction des charges réelles grevant l'immeuble, qui sont également dépendantes des fluctuations du marché. L'abaissement de base doit par conséquent être considéré comme "une avance globale comprenant des tranches de capital/intérêts mais qui sont considérées comme un tout intégré et contrôlé, lors de la décision d'octroi, aux limites admissibles pour l'immeuble en cause."

En conclusion, il résulte donc de ce qui précède que le montant total de l'abaissement de base à rembourser est à assimiler à un prêt hypothécaire au sens de l'article permier, 1er alinéa, lettre c, OEPL et que, partant, il peut faire intégralement l'objet d'un remboursement par un versement anticipé conformément à cette disposition.

Jurisprudence

256 Equivalence des cotisations et des prestations d'entrée

(Jugement du Tribunal des assurances du canton de Bâle-Campagne du 13.5.98 en la cause B. c. B., 97/487)

(Art. 4, al. 1, cst., art. 9, al. 3, LFLP et § 18 des statuts de la caisse d'assurance des fonctionnaires de Bâle-Campagne).

Les institutions de droit public sont aussi soumises à la loi fédérale sur le libre passage (LFLP) qui s'applique tant au domaine obligatoire qu'au domaine extra-obligatoire.

L'article 9, al. 3, LFLP dispose que lors du calcul de ses prestations, l'institution de prévoyance n'est **pas** autorisée à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisation et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée. En conséquence est caduc l'ensemble des clauses réglementaires qui prévoient la possibilité de mise à la retraite anticipée - avec une rente complète - seulement pour les assurés qui ont effectivement derrière eux un certain nombre d'années de services. L'addition des années de cotisations et de la période d'assurance rachetée permet de constituer la prévoyance-vieillesse et de mettre sur un pied d'égalité les personnes qui changent d'emploi et les preneurs de prévoyance fidèles à l'entreprise.

Les travaux du législateur montrent que seuls des aspects politiques ont poussé le parlement de Bâle-Campagne à ne pas abandonner la distinction entre années de service ininterrompues et années de service interrompues. Comme on demande aujourd'hui une certaine mobilité aux travailleurs et qu'il est désormais naturel de changer (plusieurs fois) d'emploi au cours de la carrière professionnelle, le critère du nombre d'années de service n'est plus réellement justifié par des motifs sociopolitiques pour traiter différemment les salariés sur le plan du libre passage. La LFLP place le critère de la fidélité à l'entreprise derrière celui du libre passage.

Une telle inégalité de traitement dans des dispositions cantonales viole, en outre, l'article 4, al. 1, de la constitution fédérale. Un tribunal cantonal est tenu d'examiner si le droit cantonal qu'il doit appliquer est conforme à la constitution fédérale et n'a en principe pas à appliquer dans le cas particulier un droit qui viole manifestement la Constitution. Le constat de violation de la constitution a pour effet que la disposition en question ne s'applique pas au plaignant ou au recourant et que l'acte particulier rendu en se fondant sur elle est abrogé.

257 Rente de veuf

(Référence à l'ATF 123 V 189; arrêt rendu en allemand)

(Art. 4 al. 2 Cst. et 49 LPP)

Lorsque les dispositions réglementaires d'une institution de prévoyance de droit public ne prévoient pas de droit à une rente de veuf, une telle prestation ne peut être allouée en vertu de l'article 4 al. 2 Cst.

258 Notion d'incapacité de travail et principe d'assurance

(Référence à l'arrêt du 7.10.98 en la cause M. B., B 48/97; arrêt rendu en français)

(Art. 23 LPP)

Selon la jurisprudence, l'événement assuré est uniquement la survenance d'une incapacité de travail d'une certaine importance, indépendamment du point de savoir à partir de quel moment et dans quelle mesure un droit à une prestation d'invalidité est né. La qualité d'assuré doit exister au moment de la survenance de l'incapacité de travail, mais pas nécessairement lors de l'apparition ou de l'aggravation de l'invalidité. Lorsqu'il existe un droit à une prestation d'invalidité fondé sur une incapacité de travail survenue durant la période d'assurance, l'institution de prévoyance concernée est tenue de prendre en charge le cas, même si le degré d'invalidité se modifie après la fin du rapport de prévoyance (ATF 123 V 263 consid. 1a).

A l'inverse, lorsqu'il n'existe pas de rapport de prévoyance lors de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité, l'institution de prévoyance à laquelle l'assuré a été affilié ultérieurement n'a pas à répondre d'une aggravation de l'atteinte à la santé préexistante; dans un tel cas, un droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire doit être nié, car cela contreviendrait au principe d'assurance (ATF 123 V 267 consid. 3 sv.).

Par incapacité de travail, il faut entendre la perte ou la diminution de la capacité de rendement de l'assuré dans sa profession ou son champ d'activité habituels. Pour être prise en considération, la diminution de rendement professionnel doit être sensible et indiscutable. En outre, cet état de fait doit être durable (ATF 105 V 159 consid. 2a; arrêt non publié G. du 29.4.98, B 18/97). La jurisprudence qualifie de sensible une diminution de la capacité de travail lorsqu'elle atteint 20 pour-cent au moins (VSI 1998 p. 126 sv., consid. 3c).

Conformément à ces principes, le TFA a par exemple jugé qu'une personne devenue incapable de travailler à raison de 30 pour-cent avant d'avoir été assujettie à la LPP n'avait pas droit à des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire en cas d'aggravation, après son assujettissement, de l'affection à l'origine de cette incapacité (arrêt non publié B. du 21 janvier 1998, B 17/97).
Dans le présent cas, l'intéressé a été assuré selon la LPP dès le 1.1.86. Souffrant notamment d'une infirmité motrice cérébrale, il a travaillé depuis 1983 dans

l'entreprise de son père, avec un rendement nettement inférieur à la moyenne. C'est pour des raisons purement familiales que son père l'a gardé à son service, lui versant un salaire social qui ne correspond pas à la prestation fournie. Sur la base du dossier, qui fait clairement ressortir une situation existant depuis le début de l'engagement dans l'entreprise familiale, le TFA conclut que l'intéressé subissait, en 1983 déjà, une diminution sensible et durable – d'au moins 20 pour-cent mais plus probablement de 50 pour-cent – de sa capacité de rendement (l'AI l'a du reste reconnu invalide à 50 pour-cent dès 1983). Il n'a donc pas doit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

259 Rente d'invalidité et principe d'assurance

(Références à l'ATF 123 V 262 ainsi qu'aux arrêts des 6.11.97 en la cause F. G., B 23/97, 29.1.98 en la cause J.-P. B., B 17/97, et 29.4.98 en la cause O. G., B 18/97; arrêts rendus en français)

(Art. 23 LPP)

En vertu du principe d'assurance consacré à l'article 23 LPP, une institution de prévoyance n'a pas à allouer de rente d'invalidité lorsque l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité est survenue postérieurement à la période d'affiliation à ladite institution (arrêts des 6.11.97 en la cause F. G., B 23/97, et 29.4.98 en la cause O. G., B 18/97). De même, l'institution de prévoyance n'a pas à répondre d'une aggravation de l'atteinte à la santé si cette atteinte préexistait au rapport d'affiliation (ATF 123 V 262; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B., B 17/97).

Lorsque le travailleur, déjà atteint dans sa santé dans une mesure propre à influer sur sa capacité de travail, entre au service d'un nouvel employeur (en changeant en même temps d'institution de prévoyance) et qu'il est mis au bénéfice, ultérieurement, d'une rente d'invalidité, les prestations sont dues par l'ancienne institution, à laquelle l'intéressé était affilié lorsque'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité; il faut toutefois pour cela qu'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité une relation d'étroite connexité. Dans ce cas, la nouvelle institution est libérée de toute obligation de verser une rente (ATF 123 V 262 consid. 1c; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B, B 17/97, consid. 1c).

Les principes énoncés ci-dessus, valables bien sûr dans le cadre de la prévoyance obligatoire, le sont également dans le cadre de la prévoyance plus étendue, à tout le moins en l'absence de dispositions réglementaires ou statutaires contraires (ATF 123 V 262 consid. 1b; arrêt du 29.1.98 en la cause J.-P. B, B 17/97, consid. 1b).

260 Evaluation de l'invalidité

(Référence à l'arrêt du 8.6.98 en la cause L. S., B 36/97; arrêt rendu en allemand)

(Art. 23 et 24 LPP)

Un échelonnement des rentes d'invalidité plus fin que celui prévu à l'article 24 LPP ne peut pas être exclu au seul motif que les dispositions réglementaires internes de l'institution de prévoyance ne dérogent pas expressément aux article 23 et 24 LPP. Les règles d'interprétation de la loi valent également pour l'interprétation des dispositions statutaires d'une institution de droit public et en l'occurrence, ces règles conduisent à la conclusion que le montant de la rente est proportionnel au degré d'invalidité (échelonnement plus fin) (consid. 4).

Si, comme en l'espèce, une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'invalidité de l'assurance-invalidité, elle est en principe liée par l'évaluation des organes de ladite assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable. Cela étant, le TFA évoque la question d'une éventuelle dérogation à ce principe pour les cas où, précisément, l'échelonnement des rentes de la prévoyance professionnelle est plus fin que celui des rentes de l'assurance-invalidité. Il laisse toutefois la question ouverte, considérant qu'en l'occurrence, il suffit de constater que l'évaluation de l'AI apparaît d'emblée insoutenable (le revenu d'invalide a été manifestement surévalué) et que l'on peut ainsi s'en éloigner (il porte le degré d'invalidité de 70 à 90 pour-cent) (consid. 5).

261 Evaluation de l'invalidité - état de fait déterminant

(Référence à l'arrêt du 11.9.98 en la cause H. G., B 39/96; arrêt rendu en allemand)

(Art. 23 et 24 LPP; art. 37 LPP et 132 OJ)

Le TFA rappelle que lorsqu'une institution de prévoyance s'en tient à la définition de l'invalidité de l'assurance-invalidité, elle est en principe liée par l'évaluation des organes de ladite assurance, à moins que cette évaluation n'apparaisse d'emblée insoutenable (consid. 3a). Mais c'est l'évaluation des organes de l'assurance-invalidité dans son ensemble, c'est-à-dire le résultat de la comparaison des revenus, et non pas les éléments de calcul pris individuellement, qui lie l'institution de prévoyance (consid. 3b).

Quant à l'état de fait déterminant pour l'appréciation juridique de l'action ou du recours de droit administratif, c'est celui existant au moment où a été rendu le jugement cantonal, dès lors que les institutions de prévoyance ne rendent pas de décisions (introduction du consid. 3).

262 Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du salaire et versement différé de la rente d'invalidité

(Référence à l'arrêt du 26.3.98 en la cause E. S., B 26/97; arrêt rendu en français)

(Art. 26 al. 2 et 34 al. 2 LPP; art. 27 OPP 2)

Seul le paiement effectif d'indemnités journalières de l'assurance-maladie, et non l'existence d'un droit virtuel à de telles indemnités, permet à l'institution de prévoyance de se prévaloir de l'article 27 OPP 2 pour différer le paiement d'une rente d'invalidité. L'article 27 OPP 2, qui découle des articles 26 al. 2 et 34 al. 2 LPP, figure en effet dans le chapitre sur la surindemnisation et la coordination de la prévoyance professionnelle avec d'autres assurances sociales. Il doit donc être compris comme visant à empêcher un enrichissement ou un avantage injustifié et non comme obligeant l'assuré, en tout état de cause, à s'adresser en priorité à l'assureur-maladie (consid. 3).

263 Émoluments en cas de versement anticipé ou de mise en gage des prestations de vieillesse

(Arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 1998: articles 30a ss., 49, 62, 66, al.1 LPP et 331d et 331e CO)

Le Bulletin de la prévoyance professionnelle no33 du 12 juin 1995, chiffre marginal 192 donnait des indications au sujet de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. L'OFAS y prenait position sur la question de la possibilité d'imputer individuellement à l'assuré les frais administratifs liés au versement anticipé ou à la mise en gage. En vertu des principes de parité, de collectivité et de solidarité, l'OFAS était d'avis que la perception de tels frais n'est pas admise lorsque l'assuré a fourni toutes les pièces nécessaires et que l'institution de prévoyance n'a pas à procéder à d'importantes vérifications supplémentaires. Depuis lors, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt en la matière, dans lequel il précise en substance ce qui suit:

L'encouragement à la propriété du logement n'est pas un élément étranger au système de la prévoyance professionnelle mais une forme de prévoyance vieillesse prévue par la loi. Et, comme aucune disposition légale (cf. articles 30a ss. LPP et 331d et 331e CO, OEPL) ne précise si l'assuré doit payer des frais administratifs en cas de versement anticipé ou de mise en gage de l'avoir de vieillesse pour acquérir un logement, il y a lieu, en l'occurrence de s'en tenir aux principes généraux.

Les articles 66, al.1 LPP et 331, al. 3 CO fixent le principe de la parité des cotisations dans les domaines respectivement obligatoire et surobligatoire. Ces deux dispositions n'exigent toutefois qu'une parité collective ou relative et non une parité individuelle: la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations des salariés. Cela n'exclut cependant pas que certains salariés aient à payer davantage que les autres, voire même plus que ce que l'employeur verse pour eux personnellement. Du principe de l'égalité de traitement des destinataires, on peut également déduire qu'un(e) assuré(e) qui occasionne une

dépense particulière engendre du même coup des circonstances extraordinaires qui justifient un traitement différent. En outre, les Juges ont relevé que la distinction opérée par l'OFAS entre une demande de versement anticipé ordinaire et celle dépassant ce cadre ne trouve aucune assise dans la loi et se heurterait à des problèmes de practibalité et de définition. Le but de la loi, à savoir encourager l'acquisition d'un logement, ne saurait finalement être contrecarré par les modalités d'une disposition concernant les frais administratifs.

Sur la base de ces considérations, les Juges fédéraux ont admis la perception individuelle de frais administratifs non seulement lorsque le travail préparatoire dépasse la moyenne usuelle mais aussi- aux fins d'une gestion administrative rationnelle- sous forme de forfait (un montant forfaitaire de 400 francs pour un versement anticipé n'a pas été jugé exorbitant).

Ils ont enfin précisé que le prélèvement de frais individuels en rapport avec le versement anticipé ou la mise en gage de la prestation de sortie n'est admis que s'il repose sur une base réglementaire, à l'élaboration de laquelle employeur et salariés peuvent participer paritairement aussi bien dans le domaine obligatoire (art. 51 LPP) que surobligatoire (art.49, al.2 LPP).

264 Rentes d'invalidité - Avantages injustifiés

(Références aux arrêts des 29.5.98 en la cause A. C., B 32/97, et 16.7.98 en la cause M. M.-A., B 24/97; arrêts rendus en français)

(Art. 34 al. 2 LPP et 24 OPP2)

B 32/97
Par gain annuel au sens de l'article 24 al. 1 OPP 2, il faut entendre, conformément au sens littéral de la disposition, le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité, ce qui ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée (consid. 1), ni au gain assuré par la CNA (consid. 2). Toutefois, lorsqu'il existe une différence importante entre le salaire hypothétique retenu par l'institution de prévoyance et/ou les premiers juges et le gain assuré par la CNA, il se justifie de faire procéder à un complément d'instruction en vue d'élucider les raisons de cette différence (consid. 3). C'est le cas en l'espèce puisque les premiers juges, se fondant sur une attestation produite, à la demande de l'institution de prévoyance, par l'ex-employeur de l'assurée, ont fixé le salaire hypothétique à 46'644 francs par année alors que le gain assuré par la CNA se montait à 56'110 francs par année.

B 24/97
Lorsqu'une rente de l'assurance-invalidité a été calculée selon la méthode mixte, applicable aux assurés qui n'exercent que partiellement une activité lucrative, on ne doit prendre en considération, dans le calcul de la surindemnisation, que la part de la rente qui est destinée à compenser l'incapacité de gain et non la part afférente à la diminution de la capacité d'exercer les travaux habituels au sens de l'article 5 al. 1 LAI. Il faut, en d'autres termes, procéder à une imputation des prestations de l'assurance-invalidité selon le principe dit de la concordance des droits. Ce principe

est d'ailleurs exprimé de manière plus ou moins explicite à l'art. 24 al. 2 OPP 2 ("prestations d'un type et d'un but analogue") (consid. 2a).

Pour la mise en oeuvre du principe de la concordance des droits, il s'agit de déterminer exactement, selon une proportion purement mathématique, la part de la rente de l'assurance-invalidité qui sert à compenser l'incapacité de gain (consid. 2b aa). Dans le cas d'espèce, l'assurée travaillait à mi-temps. Compte tenu d'un degré d'invalidité de 100 pour-cent dans l'activité professionnelle et de 63 pour-cent dans l'accomplissement des travaux habituels, l'invalidité globale (moyenne des deux taux) a été fixée à 81,5 pour-cent. Ce taux correspond donc à l'addition des taux d'invalidité de 50 pour-cent pour l'incapacité de gain et de 31,5 pour-cent pour l'accomplissement des travaux habituels. Le taux de 50 pour-cent entre à raison de 61,35 pour-cent dans le degré global d'invalidité (50 : 81,5 x 100). Autrement dit, la part des rentes de l'assurance-invalidité - une rente d'invalidité et deux rentes pour enfants pour un montant total de 2853 francs - qui sert à compenser l'incapacité de gain représente 61,35 pour-cent de 2853 francs, soit 1750,30 francs; et c'est ce montant qui doit être pris en compte dans le calcul de la surindemnisation (consid. 2b cc).

265 Procédure - Compétence des autorités juridictionnelles

(Référence à l'arrêt du 21.4.98 en la cause W. I., B 7/98; arrêt rendu en allemand)

(Art. 73 LPP)

Cet arrêt confirme la jurisprudence (ATF 120 V 18 consid. 1a et les références) selon laquelle les autorités mentionnées à l'art. 73 LPP sont, en ce qui concerne leur compétence ratione temporis, habilitées à connaître seulement des litiges dont l'origine est un événement survenu après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1985, de la LPP (naissance d'une prétention ou d'une créance). L'argument selon lequel une compétence desdites autorités serait fondée sur une norme de droit cantonal ne peut, en raison de l'autonomie du droit cantonal, être examiné dans le cadre d'un recours de droit administratif; il ne pourrait l'être que dans le cadre d'un recours de droit public.

266 Actions en constatation

(Références aux arrêts des 23.2.98 en la cause E. N., B 6/97, arrêt rendu en français et 29.9.98 en la cause A. et F. W., B 30/98, arrêt rendu en allemand)

(Art. 73 al. 1 LPP)

Résumé des faits
Dans ces deux affaires, les assurés intentent une action en constatation de droits futurs : la constatation de l'adaptation au renchérissement d'une rente d'invalidité pour les années futures dans le cas B 6/97 et la constatation du droit à une éventuelle rente de veuve future dans le cas B 30/98.

En droit
Une action en constatation est recevable si le demandeur a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate d'un rapport de droit litigieux. Un intérêt de fait suffit, pour autant qu'il soit actuel et immédiat. L'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle générale, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatoire; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (consid. 1).

Dans les deux affaires, le TFA a nié l'existence d'un intérêt digne de protection, pour les motifs suivants :

B 6/97
En matière de prévoyance plus étendue, comme c'est le cas ici, il n'existe aucune obligation légale d'adapter les rentes au renchérissement; cette question est réglée par les dispositions statutaires des institutions de prévoyance (ou par les normes de droit public qui régissent celles-ci). En principe, ces dispositions sont susceptibles d'être modifiées en tout temps. Il est donc difficile, voire impossible, de faire des prévisions sur l'indexation future de rentes en cours. Le tribunal appelé à se prononcer à ce sujet pourrait tout au plus admettre ou nier le principe même de l'adaptation de telles rentes, sur la base des dispositions en vigueur au moment de la demande ou du jugement, en réservant d'éventuelles modifications ultérieures des statuts de l'institution de prévoyance. Mais on ne voit pas quel est l'intérêt d'un assuré à faire constater immédiatement un droit assorti d'un telle réserve (consid. 2b).

B 30/98
La question du droit à une rente de veuve ne peut être examinée qu'au moment du décès du mari; or, il n'est pas du tout certain que les dispositions pertinentes actuellement en vigueur le seront encore à ce moment. De plus, même en l'absence d'un jugement de constatation sur le droit éventuel à une rente de veuve future, les époux, contrairement à ce qu'ils prétendent, ne sont pas privés des moyens propres à régler la situation qui serait celle de madame en cas de décès de son mari (consid. 2a et b). Il n'y a donc pas d'intérêt digne de protection à obtenir un jugement de constatation en pareil cas.

267 Compensation et compétence pour trancher des questions préjudicielles

(Référence à l'arrêt du 1.9.98 en la cause S. M., B 45/97; arrêt rendu en allemand)

(Art. 120 CO; art. 96 al. 3, 113 et 132 OJ)

Résumé des faits
L'entreprise Ch. M. a été affiliée à une institution de prévoyance conformément à la LPP à partir du 1er janvier 1990. Elle a cessé toute activité à fin février 1992 et, le 1er mars suivant, une nouvelle entreprise a été fondée sous la forme d'une société anonyme (SA). S. M. en était le président du conseil d'administration, avec droit de signature individuelle. La SA a été déclarée en faillite en 1995, laissant une dette de cotisations de 30'900.- francs vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Le Fonds de

garantie LPP a pris en charge une partie de ce montant, à hauteur de 19'200.- francs.

Au mois de décembre 1994, S. M. a demandé à l'institution de prévoyance le paiement en espèces de sa prestation de sortie, au motif qu'il allait s'établir à son compte. En avril 1996, l'institution lui a fait parvenir un décompte l'informant que le montant de ladite prestation s'élevait à 24'120.- francs mais qu'elle déduisait de ce montant les 11'700.- francs qu'elle n'avait pas pu récupérer auprès du Fonds de garantie LPP suite à la faillite de la SA.

S. M. a contesté cette manière de procéder devant le Tribunal cantonal des assurances compétent, lequel lui a donné raison.

L'institution de prévoyance a interjeté un recours de droit administratif contre le jugement cantonal.

En droit
Est litigieux en l'espèce le point de savoir si l'institution de prévoyance était bien fondée à déduire le montant de 11'700.- francs de la somme de la prestation de sortie.

La compensation de créances réciproques est, selon la doctrine et la jurisprudence, un principe général du droit, ancré dans le droit civil (art. 120 ss CO); sous réserve de dispositions contraires, ce principe est également applicable en droit administratif, en particulier en droit des assurances sociales, et cela même en l'absence de dispositions qui prévoient expressément une telle compensation (ATF 110 V 185 consid. 2). Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, seule la question particulière de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance est réglée par la loi, dans un sens restrictif (art. 39 al. 2 LPP; ATF 114 V 33; SZS 1991 p. 32 = arrêt partiellement publié J., du 30.8.90, B 18/90).

De même qu'en droit privé, la compensation de créances est soumise, en droit des assurances sociales, aux conditions suivantes : il faut que le débiteur de l'obligation à éteindre soit le bénéficiaire de celle opposée en compensation et que cette dernière soit exigible.

L'instance cantonale a fait droit à l'action de S. M. en raison du fait que le titulaire de l'une de deux créances n'était pas le débiteur de l'autre. Autrement dit, c'est bien la SA, et non S. M., qui était débitrice de l'institution de prévoyance; par conséquent, et dans la mesure où aucun abus de droit ne pouvait être reproché à S. M. dans cette affaire, il n'y avait, de l'avis de la juridiction de première instance, pas motif à procéder à la compensation. Le TFA a admis ce point de vue.

L'institution de prévoyance a d'autre part tenté de justifier la compensation en invoquant la responsabilité de S. M. en sa qualité de membre du conseil d'administration de la SA (art. 752 ss, en particulier 754 CO). L'instance cantonale s'est déclarée incompétente pour trancher cette question. A tort. En effet, selon la jurisprudence, les autorités administratives et les tribunaux sont admis à trancher, à titre préjudiciel, des questions relevant d'autres domaines du droit que ceux de leur

compétence, à condition que la loi n'en dispose pas autrement et que les autorités compétentes ne se soient pas encore prononcées sur ces questions.

Le TFA a par conséquent renvoyé la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle tranche ce dernier point.

Annexes

Communiqué de presse du 6 avril 1999

11e révision de l'AVS et 1re révision de la LPP: premières décisions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a débattu de la 11e révision de l'AVS et de la 1re révision de la LPP et a indiqué la direction à suivre désormais. Une première évaluation des procédures de consultation montre clairement que la nécessité des objectifs des deux projets de révision est reconnue. Compte tenue de l'évolution à long terme des finances de l'AVS, le Conseil fédéral s'en tient aux recettes supplémentaires proposées, mais entend renoncer à certains éléments d'extension concernant la flexibilisation de l'âge de la retraite. Il en résulte globalement pour l'AVS des économies d'environ un milliard de francs. Pour l'AVS, cela signifie le maintien du programme de révision figurant dans la procédure de consultation, mais aussi l'élaboration d'un nouveau modèle de flexibilisation de l'âge de la retraite. La 1re révision de la LPP se limitera à l'introduction de mesures de consolidation. Pour des raisons de coûts, on renoncera à étendre la protection d'assurance des personnes disposant de faibles revenus ou travaillant à temps partiel. Les deux messages devraient être adoptés jusqu'en été 1999.

11e révision de l'AVS

La révision est centrée sur la garantie du financement à long terme de l'AVS et sur la flexibilisation de l'âge de la retraite. Ses aspects principaux seront développés en principe conformément à l'avant-projet, mais l'accent portera davantage sur la question du financement. La révision tiendra également compte du programme de stabilisation de 1998: le ralentissement du rythme d'adaptation des rentes AVS/AI de 2 à 3 ans pour autant que le renchérissement reste inférieur à 4 % dégagera à moyen ou à long terme des économies supplémentaires d'environ 5 ‰ par exercice au profit de l'AVS et de l'AI. Pour prendre un exemple, en 2005, cette mesure permettrait à l'AVS d'économiser 150 millions de francs et à l'AI 30 millions de francs.

Nouveau modèle d'âge flexible de la retraite
Sur le plan de la réglementation de l'âge de la retraite, le Conseil fédéral s'en tient au cadre établi: un âge normal de la retraite fixé à 65 ans pour les hommes et les

femmes, une retraite flexible entre 62 et 65 ans et la possibilité d'anticiper ou d'ajourner la rente AVS. Toutefois, la limite fixée pour les coûts sera ramenée de 900 millions à 400 millions de francs. Cette somme correspond aux économies réalisées par le relèvement de l'âge de la retraite des femmes. De plus, un nouveau modèle de "réduction différenciée" est élaboré, étant donné que les modèles proposés dans le cadre de la consultation ont été accueillis avec réserve, voire même clairement rejetés.
Les principes contenus dans ce modèle concernant la réduction des rentes anticipées sont les suivants :

- Plus l'anticipation de la rente intervient tard, plus le taux annuel de réduction appliqué est faible.
- Les faibles revenus sont soumis à une réduction moindre que les hauts revenus.
- Les personnes sans activité lucrative qui anticipent leur retraite ne paient plus de cotisations. Le calcul de la réduction de la rente tient compte de la totalité des pertes de cotisations subies par l'AVS. Plus celles-ci sont considérables, plus la réduction de la rente est forte.

Parallèlement, les possibilités offertes de prendre une retraite anticipée partielle sont élargies, afin de permettre une sortie progressive de la vie active. Le maximum autorisé pour l'anticipation est fixé à trois rentes annuelles. L'assuré peut choisir d'anticiper de trois ans sa retraite complète ou de percevoir pendant six ans une demi-rente versée dès ses 59 ans. Le modèle se prête aussi à des combinaisons des deux solutions.

1re révision de la LPP

La plupart des participants à la consultation considèrent que la 1re révision de la LPP est un pas dans la bonne direction. Il est donc prévu de ne pas s'écarter en principe de l'avant-projet. Pour des raisons financières, il faut toutefois se limiter aux éléments suivants de consolidation financière de l'avant-projet :

- L'âge de la retraite et l'âge flexible de la retraite sont coordonnés avec la réglementation de la 11e révision de l'AVS. Autrement dit, l'âge normal de la retraite est de 65 ans pour les hommes et les femmes, et la retraite flexible se prend entre 62 et 65 ans (anticipation partielle dès 59 ans / ajournement partiel), les rentes anticipées de la prévoyance professionnelle subissant une réduction actuarielle.
- La réduction du taux de conversion, opération rendue nécessaire par l'allongement de l'espérance de vie, tient compte de critères sociaux. Des mesures d'accompagnement, en particulier le relèvement des bonifications de vieillesse, assurent autant que possible le maintien du niveau actuel des rentes.
- L'application de la prévoyance professionnelle est améliorée du point de vue technique et administratif.
- Conformément au programme de stabilisation de 1998, il est prévu de limiter le revenu assurable dans le deuxième pilier à 289 440 francs, autrement dit à

quatre fois le montant limite supérieur figurant dans l'assurance obligatoire. Grâce à cette mesure, la prévoyance professionnelle se limiterait à son objectif original de prévoyance. Et la prévoyance individuelle du 3e pilier se chargerait de couvrir les besoins supplémentaires de prévoyance.

Le projet est ciblé sur les éléments de consolidation. Des impératifs financiers obligent en effet à renoncer à des mesures en faveur des assurés qui disposent de faibles revenus ou travaillent à temps partiel. Les coûts maximaux prévus dans les deux modèles de la procédure de consultation (respectivement 985 et 875 millions de francs) seront ramenés ainsi à 380 millions de francs au plus.

Annexes :

- 11e révision de l'AVS : points principaux
- 1re Rövision de la LPP : points principaux
- Vue d'ensemble de la flexibilisation de l'âge de la retraite

Points principaux de la révision

Financement de l' AVS/AI/APG/AMal

- Le financement (complémentaire) de l'AVS, l'AI, des APG et de l'assurance-maternité est assuré grâce à une élévation progressive de 3 % au maximum du taux de TVA.

	AVS/AI	APG/AMat	Total
2003	1,5	0,5	3
proba. 2007	1		

  Les électeurs seront amenés à prendre position sur la base constitutionnelle nécessaire.

- Le taux de couverture du fonds de compensation de l'AVS prescrit par la loi est abaissé de 100 à 70 % des dépenses d'un exercice.

Age de la retraite / flexibilisation

- Selon le projet de loi, l'âge normal de la retraite est de 65 ans pour les hommes et les femmes, avec une fourchette de flexibilisation entre 62 à 65 ans et la possibilité d'anticiper le versement d'une demi-rente dès 59 ans.

  Economies annuelles: 400 millions de francs

- Un nouveau modèle de "réduction différenciée" sert de cadre à l'aménagement de la flexibilisation.

  Dépenses annuelles: 400 millions de francs

  Age de la retraite / flexibilisation: neutralité des coûts

Rente de veuve et de veuf

- Le droit à la rente de veuve et de veuf est unifié. Ce droit n'est en principe maintenu qu'aussi longtemps que la veuve ou le veuf ont des enfants de moins de 18 ans.

- Une exception est faite en faveur des personnes veuves âgées d'au moins 50 ans lorsque leur dernier enfant atteint ses 18 ans.

- Les rentes actuelles font l'objet de dispositions transitoires généreuses.

  Economies annuelles totales: 867 millions de francs

Mesures concernant les contributions

- Adaptation du taux de cotisation des indépendants à celui des travailleuses et des travailleurs

- Suppression du barème dégressif des cotisations pour les indépendants

- Suppression de la franchise pour les personnes poursuivant une activité lucrative au-delà de l'âge de la retraite

Total des recettes supplémentaires annuelles: 550 millions de francs

Rythme d'adaptation des rentes

- La 11e révision de l'AVS reprend la modification du rythme d'adaptation au renchérissement des rentes AVS/AI introduite dans le cadre du programme de stabilisation de 1998.

  Economies annuelles (à moyen et long terme): 5 ‰

Privilège en cas de faillite

- La procédure de consultation a clairement montré la nécessité de réintroduire le privilège en cas de faillite dans l'AVS et dans d'autres assurances sociales.

  Total des recettes supplémentaires annuelles: 50 millions de francs

Flexibilisation de l'âge de la retraite: modèle de "réduction différenciée" (1)

1.Principe

Trois facteurs entrent en jeu dans la réduction de la rente anticipée :

- **Années d'anticipation**

  Plus l'anticipation de la rente est tardive, plus le taux de réduction est faible.

- **Revenu moyen déterminant pour le calcul de la rente**

  La réduction est moindre pour les faibles revenus que pour les revenus élevés.

- **Perte de cotisations**

  Les personnes non actives qui prennent leur retraite avant l'âge normal cessent de cotiser. La réduction de la rente se base sur la totalité des cotisations ainsi perdues. Une perte de cotisations importante entraîne une plus forte réduction de la rente qu'une faible perte.

2. Commentaire des facteurs déterminants

a) Années d'anticipation :

un taux de réduction différent s'applique pour chaque année d'anticipation de la retraite; ainsi, le taux de réduction qui s'applique à la première année d'anticipation est moins élevé et celui qui s'applique à la troisième année est plus élevé. De cette façon, l'incitation à rester dans le circuit du travail reste forte au début et s'amenuise à l'approche de l'âge normal de la retraite.

b) Revenu moyen déterminant :

Le taux de réduction est échelonné d'après le revenu moyen servant à calculer la rente: il est moindre pour les revenus moyens peu élevés. D'où une réduction de rente également supportable pour les personnes économiquement faibles désirant anticiper leur retraite.

La rente maximale sert à établir le revenu moyen déterminant pour le taux de réduction. L'exemple servant à illustrer le calcul (voir le point 3) prévoit les valeurs de référence suivantes: un faible taux de réduction s'applique pour tout revenu annuel inférieur ou égal au montant de la rente annuelle maximale (24 120 francs). Le taux

de réduction augmente ensuite jusqu'à ce que le revenu annuel atteigne trois fois la rente maximale (72 360 francs), et reste constant pour les revenus excédant cette limite (autrement dit pour les bénéficiaires d'une rente maximale).
Dans notre exemple, les facteurs "années d'anticipation" et "revenu moyen" se combinent de la façon suivante: la pleine réduction actuarielle s'applique aux revenus élevés en cas d'anticipation à 62 ans, alors que les faibles revenus ne subissent qu'une faible réduction de rente en cas d'anticipation à 64 ans. Les taux de réduction des autres années et des revenus se situent entre les deux.

c) Suppression de l'obligation de cotiser :
Les personnes prenant une retraite anticipée occasionnent des pertes à l'AVS en cessant de cotiser. Le calcul des taux de réduction en cas de retraite anticipée prend donc en compte ces pertes de recettes. Le taux de réduction est plus important pour les hauts revenus déterminants que pour les bas revenus, parce que les pertes qu'ils occasionnent sont aussi plus élevées.
Les personnes sans activité lucrative qui prennent une retraite anticipée sont libérées de l'obligation de cotiser qui dure aujourd'hui jusqu'à l'âge normal de la retraite (les personnes actives restent pleinement soumises à l'obligation de cotiser). Cette libération du paiement des cotisations permet d'éviter la réduction supplémentaire de la rente en vigueur aujourd'hui en cas de retraite anticipée.

3. Taux de réduction différenciés: exemple possible
Les détails du modèle "réduction différenciée" sont en cours d'élaboration. Une possibilité en discussion prévoit les taux de réduction mentionnés ci-dessous (la parenthèse indique, à titre de comparaison, les taux de réduction actuariels, si l'on tient compte de la totalité de la perte de cotisation):

	Taux de réduction applicable à l'année anticipée			Taux de réduction cumulé		
Revenu déterminant (en francs)	62 – 63	63 – 64	64 – 65	Anticipation de 3 ans	Anticipation de 2 ans	Anticipation de 1 an
jusqu'à 24 120	5.0% (5.3%)	3.5% (5.5%)	2.5% (5.7%)	11.0% (16.5%)	6.0% (11.2%)	2.5% (5.7%)
de 24 121 à 36 180	5.2% (5.5%)	3.8% (5.8%)	2.8% (6.0%)	11.8% (17.3%)	6.6% (11.8%)	2.8% (6.0%)
de 36 181 à 48 240	5.5% (5.7%)	4.1% (6.0%)	3.1% (6.2%)	12.7% (17.9%)	7.2% (12.2%)	3.1% (6.2%)
de 48 241 à 60'300	5.7% (5.9%)	4.4% (6.2%)	3.4% (6.4%)	13.5% (18.5%)	7.8% (12.6%)	3.4% (6.4%)
de 60 301 à 72 360	6.0% (6.1%)	4.7% (6.3%)	3.7% (6.6%)	14.4% (19.0%)	8.4% (12.9%)	3.7% (6.6%)
dès 72 361	6.2% (6.2%)	5.0% (6.5%)	4.0% (6.7%)	15.2% (19.4%)	9.0% (13.2%)	4.0% (6.7%)

Exemple: une personne assurée désirant partir à la retraite à 62 ans, qui percevait un revenu de 80 000 francs, serait soumise à un taux de réduction de 15,2 % sur l'ensemble de sa rente: 6,2 %: 62 ans, 5,0 %: 63 ans et 4,0 %: 64 ans).

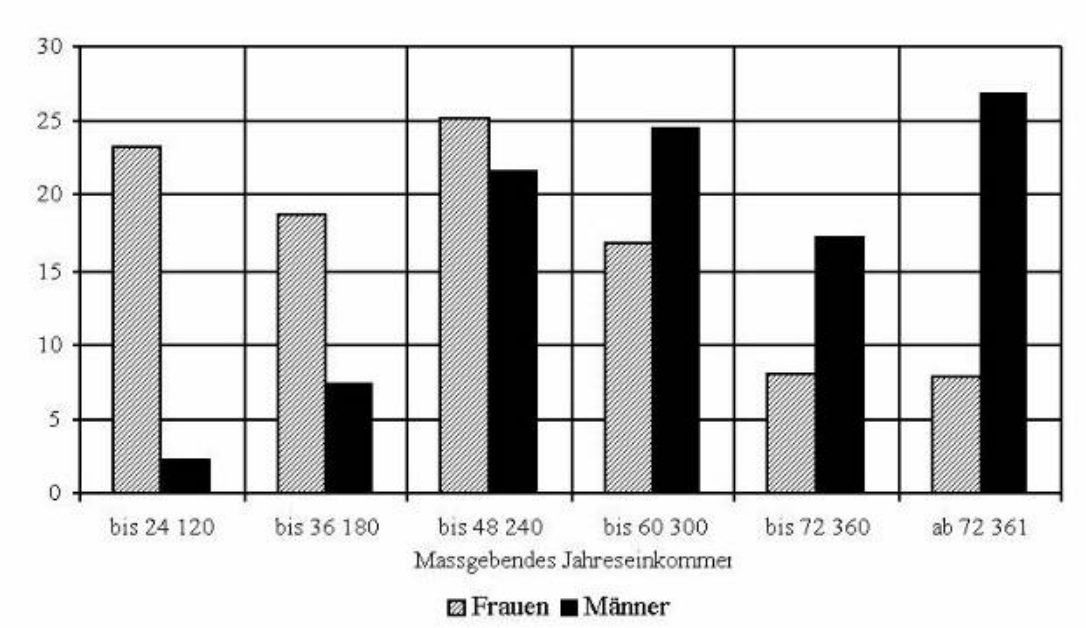
4. Extension de la retraite anticipée partielle

Le modèle "réduction différenciée" ne tient en soi pas suffisamment compte des problèmes spécifiques des travailleurs âgés dont la capacité de travail est réduite ou les chances de retrouver un emploi pratiquement nulles sur le marché du travail, suite à un licenciement. Nous proposons donc d'élargir la possibilité de retraite anticipée au-delà des limites prévues dans le projet de consultation, en autorisant l'anticipation de trois rentes (complètes) annuelles au maximum. Autrement dit, il est possible d'anticiper la rente complète pendant trois ans ou la demi-rente pendant 6 ans, donc à partir de 59 ans. D'autres combinaisons restent possibles, comme une demi-rente pendant quatre ans et une rente complète pendant un an.
Ce modèle permet des solutions flexibles en faveur des travailleurs âgés à capacité de travail réduite, qui pourront déployer les aptitudes qui sont encore les leurs dans le cadre d'une activité à temps partiel. Ils atténuent la perte subie en anticipant une demi-rente AVS et une rente partielle du deuxième pilier, que l'employeur reste libre d'améliorer grâce à des prestations facultatives. Des solutions analogues sont également envisageables dans le cadre de restructurations d'entreprises. Ce modèle permet enfin aux bénéficiaires d'une demi-rente AI d'accéder à une retraite anticipée complète en combinant cette dernière à une demi-rente AVS.

5. Conséquences pour certains groupes déterminés de personnes

L'analyse des revenus annuels déterminants des nouveaux retraités en 1998 révèle que les revenus diffèrent sensiblement entre les femmes et les hommes. C'est pourquoi le modèle présenté ci-dessus introduit pour les femmes en particulier des taux de réduction plus bas. 25,2 % des femmes d'une même classe d'âge (8361 femmes) ont un revenu déterminant oscillant entre 36 180 et 48 240 francs. Une anticipation de deux ans s'accompagne d'un taux de réduction de 7,2 %. Mais les hommes célibataires disposent fréquemment aussi de revenus modestes (un tiers d'entre eux disposent au maximum de 36 180 francs).

Pourcentage en fonction du revenu annuel déterminant (femmes / hommes)



Source: Registre des rentes 1998 (classes d'âge: femmes: 1935; hommes: 1932)

Exemple: La rente d'une personne assurée désirant prendre sa retraite à 62 ans et disposant d'un revenu annuel moyen déterminant de 36 000 francs serait réduite de 11,8 % au lieu de 17,3 % (taux de réduction actuariel); sa rente mensuelle se monterait donc à 1348 francs. La rente sans réduction serait de 1528 francs en cas de départ à la retraite à 65 ans.

1re révision de la LPP 6 du avril 1999

Points principaux de la révision

Coordination du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle avec l'AVS

- Âge de la retraite: l'âge de la retraite dans le deuxième pilier doit être harmonisé avec celui du premier pilier. L'âge retenu est 65 ans pour les hommes et les femmes. Le relèvement à 65 ans de l'âge de la retraite des femmes (fixé aujourd'hui à 62 ans) sera progressif et cet âge sera généralisé le 1er janvier 2009.

- Anticipation du processus d'épargne-vieillesse: pour des raisons financières, cette mesure est écartée au profit des mesures d'accompagnement visant à abaisser le taux de conversion.

- Flexibilisation de l'âge de la retraite: l'anticipation et l'ajournement des rentes de vieillesse sont coordonnés avec le modèle "réduction différenciée" de l'AVS. Autrement dit, les mêmes possibilités s'appliquent à l'anticipation et à l'ajournement partiels. Les retraites anticipées dans la prévoyance professionnelle font toutefois l'objet d'une réduction actuarielle. Il est en outre possible de retirer une part de la rente sous forme de capital.

- Rente de veuf: la rente de veuf est introduite dans le régime obligatoire de la prévoyance professionnelle; elle est soumise aux mêmes conditions que la rente de veuve.

Consolidation de la prévoyance professionnelle

- Taux de conversion : le taux de conversion est abaissé progressivement.

- Mesures d'accompagnement: l'abaissement du taux de conversion entraîne une baisse des rentes; les mesures d'accompagnement doivent empêcher que l'impact ne soit trop fort. Les taux des bonifications de vieillesse doivent être relevés de manière à maintenir autant que possible le niveau actuel des retraites. Le financement est assuré au premier chef par les fonds perçus aujourd'hui pour les mesures spéciales.

- D'autres mesures contribuent à améliorer la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle du point de vue technique et administratif (par ex. une information améliorée des assurés, un enregistrement plus rapide des employeurs affiliés, une simplification des voies de droit pour les assurés).

- Limitation du revenu assurable: conformément au programme de stabilisation de 1998, le revenu maximal assurable dans la PP est plafonné à 289 440 francs, c'est-à-dire à quatre fois le montant limite supérieur du régime obligatoire. La prévoyance professionnelle se limite ainsi à la prévoyance

servant à maintenir de façon appropriée le niveau de vie habituel. La prévoyance individuelle du 3e pilier sert à satisfaire les besoins supplémentaires de prévoyance.

Taux de conversion :
la rente de vieillesse LPP est calculée à partir des avoirs-vieillesse accumulés et du taux de conversion. Le taux de conversion dépend surtout de l'espérance de vie moyenne des assurés. Plus la durée moyenne de vie des assurés augmente, plus la durée de versement des rentes de prévoyance s'allonge. En conséquence, plus l'espérance de vie des rentiers augmente, plus le taux de conversion diminue.

Bonification de vieillesse :
les assurés touchent chaque année une bonification de vieillesse correspondant à un pourcentage du salaire assuré et financée par les déductions sur les salaires et les cotisations des employeurs. Les bonifications de vieillesse portent des intérêts. Les bonifications de vieillesse et les intérêts constituent l'avoir de vieillesse à partir duquel se fera le calcul de la future rente de vieillesse.

Mesures spéciales :
depuis l'entrée en vigueur de la LPP, en 1985, chaque institution de prévoyance doit mettre des fonds à disposition pour des mesures dites spéciales; elle le fait en réservant un pour-cent des salaires coordonnés de tous ses assurés soumis à cotisations pour les prestations de vieillesse. Les mesures spéciales comprennent, au premier chef, des prestations complémentaires au bénéfice de la génération d'entrée, soit des assurés qui avaient 25 ans révolus lors de l'entrée en vigueur de la LPP, mais qui n'avaient pas encore l'âge de la retraite. Les ressources non épuisées dans ce but doivent - c'est l'affectation de deuxième priorité - être utilisées pour l'indexation, en particulier des rentes de vieillesse. Etant donné que le besoin financier en faveur de la génération d'entrée décroît, le Conseil fédéral propose d'élargir l'éventail d'utilisation de ces fonds pour mesures spéciales (voir taux de conversion, indexation).

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n°45

du 19 avril 1999

EDITION SPECIALE

268 Avoirs oubliés des caisses de pension: Mis en vigueur et ordonnance d'application

Les dispositions relatives à la réglementation des avoirs oubliés entrent en vigueur le 1er mai 1999. Nous vous informons par le biais de cette édition spéciale:

– des modifications de la loi sur le libre passage et de l'ordonnance sur le libre passage;
– du texte de la loi;
– du texte de l'ordonnance dans sa version non officielle;
– du commentaire.

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

268 Avoirs oubliés des caisses de pension: Mis en vigueur et ordonnance d'application

Le Conseil fédéral vient de décider de l'entrée en vigueur, au 1er mai 1999, de la loi sur le libre passage concernant la question des avoirs oubliés du 2ème pilier. Par la même occasion, il a adopté les modifications y relatives dans l'ordonnance précitée, dont l'entrée en vigueur est également fixée au 1er mai 1999. Vous trouverez ci-après, à titre d'information, un exemplaire des modifications législatives, ainsi que du texte de l'ordonnance, dans sa version non officielle, ainsi que le commentaire. Seul le texte publié dans le Recueil officiel des lois fédérales (RO) fait foi.

Depuis le 1er mai, le fonds de garantie LPP fonctionne en tant que Centrale du 2ème pilier, chargée de recueillir les informations relatives aux avoirs non réclamés existant auprès des institutions de prévoyance et de libre passage (fondations bancaires et institutions d'assurances).

Les demandes de renseignements devront dorénavant être adressées au fonds de garantie. L'OFAS transmettera au fonds de garantie les demandes pendantes auprès de lui dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales.

Quelles sont les changements importants pour les institutions de prévoyance?

Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent, conformément aux articles 24b alinéas 2 et 3 et 24c LFLP, annoncer à la Centrale du 2ème pilier, les données relatives aux assurés avec lesquels elles n'ont plus de contacts. A cet effet, elles disposent d'un délai échéant au 31 décembre 1999 pour annoncer à la Centrale du 2ème pilier, la première fois, tous les comptes dormants auprès d'elles. Par la suite, l'annonce se fait chaque année.

version non officielle

Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Modification du

Le Conseil fédéral suisse

arrête :

I

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage[1] est modifiée comme suit :

Section 2a : Centrale du 2e pilier (nouvelle)

Art. 19a Registre des avoirs oubliés

1 La Centrale du 2e pilier tient un registre central dans lequel figurent :
a. les avoirs oubliés au sens de l'art. 24a LFLP[2];
b. les comptes et polices de libre passage d'assurés avec lesquelles les institutions concernées ne peuvent plus établir de contact (art. 24b al. 2 LFLP);
c. les données de tous les assurés au sens de l'art. 24b al. 3 LFLP.

2 Le fonds de garantie est responsable de la tenue et de la gestion du registre. Il veille en particulier à l'observation des dispositions de la législation sur la protection des données et à la sécurité des données.

3 Le registre doit contenir les données suivantes :
a. les nom, prénom, date de naissance et numéro AVS des personnes assurées;
b. les noms des institutions de prévoyance ou des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage pour les assurés en question.

Art. 19b Consultation du registre

Le registre peut être consulté par :
a. l'office fédéral des assurances sociales (OFAS);
b. les autorités cantonales de surveillance

---

1 RS **831.425;** RO ...
2 RS **831.42;** RO... (FF **1998** 4988)

Art. 19c Obligation d'annoncer

1 Les institutions de prévoyance ou les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage annoncent les assurés à la Centrale du 2e pilier, dans la mesure où elles ne peuvent plus atteindre la personne concernée.

2 Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage et qui renoncent au contact périodique, annoncent à la Centrale du 2e pilier les données de tous les assurés, au moins une fois par année (art. 24b al. 3 LFLP).

Art. 19d Droit des assurés et des bénéficiaires

1 La Centrale du 2e pilier informe les assurés qui le demandent sur les institutions qui pourraient détenir des avoirs de prévoyance, des comptes ou des polices de libre passage.

2 En cas de décès de l'assuré, la même obligation d'informer vaut à l'égard des bénéficiaires.

Art. 19e Rapport

Le fonds de garantie présente, dans son rapport annuel, un commentaire relatif au fonctionnement de la Centrale du 2e pilier, notamment s'agissant des demandes reçues ainsi que du nombre des cas traités et liquidés.

Art. 19f Financement

1 Le fonds de garantie couvre les coûts engendrés par la Centrale du 2e pilier; ceux-ci sont comptabilisés séparément, au sens de l'art. 16 de l'ordonnance sur le "fonds de garantie LPP" (OFG)[3].

Le fonds de garantie peut prélever, à la fin de l'année civile, une cotisation pour la couverture des coûts résultant de la transmission de cas auprès des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage.

[3] RS **831.432.1**

Art. 23a Disposition transitoire relative à la modification de la LFLP[4] du 18 décembre 1998

1 Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage doivent avoir rempli leur obligation d'assurance au sens des art. 24a et 24b al. 2 et 3 LFLP, la première fois jusqu'au 31 décembre 1999.

2 Les demandes des assurés et des bénéficiaires, pendantes auprès de l'Office fédéral des assurances sociales, au moment de l'entrée en vigueur de cette modification (art. 19 al. 3 et 4), sont transmises à la Centrale du 2e pilier pour la poursuite de la procédure.

II

L'ordonnance du 22 juin 1998[5] sur le "fonds de garantie LPP" (OFG) est modifiée comme suit :

Art. 26a Garantie d'avoirs oubliés (nouveau)

Le fonds de garantie garantit le montant des avoirs oubliés laissés dans des institutions de prévoyance liquidées dans la mesure où l'assuré justifie l'existence de l'avoir, auprès de l'institution de prévoyance liquidée.

III

La présente modification entre en vigueur le 1er mai 1999.

..... Au nom du Conseil fédéral suisse :

La présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss
Le chancelier de la Confédération, François Couchepin

[4] RS **831.42**; RO **1999**.... (FF **1998** 4988)
[5] RS **831.432.1**

COMMENTAIRES
de l'ordonnance sur le libre passage

I. Introduction

La présente ordonnance règle les questions de procédure applicables aux nouvelles dispositions de la loi sur le libre passage en ce qui concerne les avoirs oubliés des caisses de pensions. La procédure se déroule entre les caisses de pensions, les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage, la Centrale de compensation et la Centrale du 2ème pilier.

La Centrale du 2ème pilier recueille les données émanant des institutions régissant la prévoyance au sens large et communique avec la Centrale de compensation de l'AVS. Il ne lui appartient toutefois pas de s'assurer du versement effectif des fonds auprès des bénéficiaires.

Le fait qu'un organisme central stocke les données permettra aux assurés, de retrouver les éventuels avoirs oubliés.

Le texte de loi fait référence à des institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage. Toutefois, dans le présent commentaire, on se référera au terme usuel d'institution de libre passage.

Bien que la loi prévoit que les questions techniques sont réglées par une ordonnance du DFI, la procédure de consultation a démontré que, au stade actuel, une telle ordonnance n'était pas indispensable. Le DFI examinera, cas échéant, si par la suite une telle ordonnance s'avérera utile.

II. Commentaires des articles

Ad article 19a Registre des avoirs oubliés

L'alinéa 1 institue le principe d'un registre central dans lequel sont inscrits les avoirs oubliés au sens de la loi, ainsi que les comptes ou polices mentionnés conformément à l'article 24b alinéas 2 et 3 LFLP. Ainsi, le registre sert de support des données reçues à la Centrale du 2ème pilier. Toutes les données sont automatiquement enregistrées sur ce registre, qu'elles émanent de caisses de pensions ou d'institutions qui gèrent des comptes (fondations bancaires) ou des polices (fondations d'assurance) de libre passage. Il en va de même des données résultant de l'annonce globale des assurés, qui seront surtout le fait des institutions d'assurance.

L'alinéa 2 prévoit que le fonds de garantie, qui fonctionne comme organisme central du 2ème pilier, tient ce registre, sous une forme qu'il décide lui-même. En principe, le registre sera tenu sous forme informatisée. Toutefois, le fonds de garantie doit

appliquer les dispositions de la législation sur la protection des données et doit s'assurer que les données figurant sur le registre soient sauvegardées conformément à la loi sur la protection des données.

Les données mentionnées sur le registre sont celles qui permettent à la fois l'identification de l'assuré et la localisation de la fondation ayant un avoir, un compte ou une police en son nom, selon l'alinéa 3. Pour l'assuré, ses données personnelles, ainsi que son numéro AVS sont mentionnés. En outre, toutes les institutions qui ont un avoir sous une forme quelconque au nom de l'assuré sont inscrites dans le registre.

Ad article 19b Consultation du registre

Le principe qui prévaut est celui de la consultation restreinte aux autorités (OFAS, autorités cantonales de surveillance). Le registre n'a pas de caractère public. On a voulu ainsi garantir la protection des données personnelles et éviter une consultation généralisée du registre par des tiers. En revanche, les autorités de surveillance cantonales ainsi que l'OFAS qui sont souvent sollicités par les ayants droit ou les institutions de la prévoyance ont la possibilité de consulter le registre .

Ad article 19c Obligation d'annoncer

L'alinéa 1 prévoit que les institutions de prévoyance ainsi que les institutions de libre passage annoncent les assurés à la Centrale du 2ème pilier lorsqu'elles ne peuvent plus atteindre les personnes concernées. Peu importe la raison pour laquelle l'institution ne peut plus atteindre son assuré. Il suffit que ce dernier ne réponde plus aux courriers de l'institution ou que, de toute autre manière, l'institution a perdu sa trace, en raison d'un fait lié à l'assuré lui-même (déménagement, par exemple) ou d'un fait indépendant de la volonté de l'assuré (état de guerre, notamment).

L'alinéa 2 s'applique aux institutions de prévoyance et aux institutions de libre passage qui renoncent à établir un contact périodique avec les assurés. Ces institutions sont surtout des institutions gérant des polices de libre passage. Afin que la Centrale du 2ème pilier soit en mesure de renseigner tout assuré qui le demande, la loi a prévu une procédure d'annonce périodique de l'état général des assurés. Cette annonce a lieu au minimum une fois par année. Ainsi, la Centrale du 2ème pilier sera toujours en mesure d'actualiser les données.

Ad article 19d Droit des assurés et des bénéficiaires

L'article 19d précise les droits des bénéficiaires à recevoir l'information de la Centrale du 2ème pilier sur les noms des institutions qui pourraient posséder des fonds de prévoyance ou de libre passage en leur faveur.

L'alinéa 1 prévoit que les assurés ne peuvent pas faire valoir un droit direct envers la Centrale du 2ème pilier. Cette Centrale fonctionne uniquement comme un organisme

de liaison et de ce fait n'a pas la compétence de verser ou de refuser une prestation. Son rôle, tel que défini par la loi, se borne uniquement à transmettre des informations permettant d'exercer un droit. En corollaire, elle n'a pas non plus la compétence d'émettre des décisions, ne pouvant être considérée comme autorité administrative. Les assurés insatisfaits avec la Centrale ne peuvent donc pas s'adresser à une autorité judiciaire, par voie de plainte, d'action ou de recours.

Le deuxième alinéa étend le droit des assurés aux bénéficiaires, en cas de décès des assurés. Par bénéficiaires, il y a lieu d'entendre les bénéficiaires usuels au sens de la loi sur le libre passage.

Ad art. 19e Rapport

Cette disposition prévoit que le fonds de garantie, en sa qualité de Centrale du 2ème pilier, fait mention, dans son rapport annuel, des travaux de la Centrale du 2ème pilier. En particulier, il établira une statistique relative aux demandes reçues, ainsi qu'au nombre de cas traités et liquidés. Par cas liquidés, il y a lieu d'entendre les cas auxquels le fonds de garantie a apporté une réponse, qu'elle soit positive ou négative.

Ad article 19f Financement

L'alinéa 1 prévoit que les frais relatifs au fonctionnement de la Centrale du 2ème pilier doivent être couverts par le fonds de garantie. Ces frais feront l'objet d'une comptabilisation séparée dans les comptes du fonds de garantie.

Toutefois, *l'alinéa 2* donne une possibilité au fonds de garantie de prélever une participation auprès des institutions de libre passage, pour la couverture des frais en question. En effet, ces institutions, contrairement aux institutions de prévoyance, ne paient pas de cotisation au fonds de garantie pour l'accomplissement de ses tâches. Il paraît donc équitable que le fonds de garantie puisse prélever une contribution annuelle pour les transmissions des cas. Le montant de la contribution sera fixée par le fonds de garantie, en fonction du volume de travail que cela représente pour lui et des frais effectifs y résultant.

Ad article 23a Disposition transitoire

L'alinéa 1 de cette disposition oblige les institutions de prévoyance ainsi que les institutions de libre passage ayant des comptes ou des polices de libre passage de les annoncer à la Centrale. En effet, l'annonce vaut également pour les comptes et polices ouverts avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi. Cette précision est nécessaire parce que les institutions de prévoyance n'ont l'obligation de transférer les avoirs à l'institution supplétive que depuis la modification de la loi sur le libre passage au 1er janvier 1995, lorsque l'assuré sortant n'a pas indiqué un compte ou une police de libre passage auprès desquels l'institution de prévoyance doit effectuer le transfert. Les institutions disposent d'un délai expirant à la fin

décembre 1999, pour leur permettre de prendre les dispositions administratives nécessaires.

L'alinéa 2 règle la transmission des dossiers entre l'OFAS et le fonds de garantie. Dès l'entrée en vigueur de la modification de la loi, c'est le fonds de garantie qui devient compétent pour régler la procédure et qui, de ce fait, reprendra tous les dossiers reçus par l'OFAS.

Ad article 26a Garantie des avoirs oubliés (nouveau)

Le Parlement a adopté une disposition visant à assurer, par le biais du fonds de garantie (qui agit non pas en tant qu'organisme de liaison, mais en qualité de fondation de prévoyance), que les avoirs oubliés d'institutions devenues insolvables soient versés aux ayants droit, au même titre que les autres prestations.

Une intervention du fonds de garantie n'a lieu que lorsque l'assuré justifie l'existence des avoirs en question auprès de l'institution de prévoyance liquidée.

Il sied en outre de préciser que les institutions dont il est question sont uniquement des institutions de prévoyance, les institutions de libre passage n'étant pas mentionnées dans le texte de loi.

Délai référendaire: 9 avril 1999

Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(Loi sur le libre passage, LFLP)

Modification du 18 décembre 1998

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998[1],
arrête:

I

La loi du 17 décembre 1993[2] sur le libre passage est modifiée comme suit:

Section 6*a*: Obligation d'annoncer, Centrale du 2e pilier

Art. 24a Avoirs oubliés
Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage annoncent à la Centrale du 2e pilier les avoirs auxquels ont droit les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite au sens de l'article 13, 1er alinéa, LPP[3], mais pour lesquels aucun droit n'a encore été exercé (avoirs oubliés).

Art. 24b Obligation d'annoncer
1Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou polices de libre passage doivent maintenir un contact périodique avec leurs assurés.
2Si elles ne peuvent établir ces contacts, elles doivent l'annoncer à la Centrale du 2e pilier.
3En lieu et place, elles peuvent transmettre périodiquement à la Centrale du 2e pilier les données de tous les assurés.

Art. 24c Contenu de l'annonce
Doivent être annoncés pour chaque assuré:
a. le nom et le prénom;
b. le numéro AVS;

[1] FF 1998 4873
[2] RS 831.42
[3] RS 831.40

c. la date de naissance;
d. le nom de l'institution de prévoyance ou de l'institution qui gère les comptes ou les polices de libre passage.

Art. 24d Centrale du 2e pilier

[1] La Centrale du 2e pilier est l'organisme de liaison entre les institutions de prévoyance, les institutions qui gèrent des comptes ou polices de libre passage et les assurés.

[2] Elle annonce les avoirs oubliés la Centrale de compensation de l'AVS afin d'obtenir les données permettant l'identification et la localisation des ayants droit.

[3] La Centrale de compensation de l'AVS livre à la Centrale du 2e pilier les données suivantes, dans la mesure où elles sont disponibles dans les registres centraux ou dans des dossiers électroniques:

a. pour les personnes résidant en Suisse, le nom de la caisse de compensation AVS qui verse la rente;
b. pour les personnes résidant à l'étranger, leur adresse.

[4] La Centrale du 2e pilier transmet les données recueillies à l'institution concernée. Elle reçoit les demandes d'assures concernant leurs avoirs de prévoyance et leur fournit les informations nécessaires à l'exercice de leurs droits.

[5] Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage collaborent avec la Centrale du 2e pilier.

Art. 24e Procédure

[1] Le département compétent règle la procédure.

[2] L'office compétent peut édicter des directives techniques. Celles-ci sont contraignantes pour:

a. les autorités cantonales de surveillance;
b. les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent des comptes ou des polices de libre passage soumises à la présente loi.

Art. 24f Conservation des données

La Centrale du 2e pilier conserve les données. Cette obligation s'éteint dix ans après que l'assuré a atteint l'âge de la retraite au sens de l'article 13, 1er alinéa, LPP[4].

II

Modification du droit en vigueur

1. La loi fédérale du 25 juin 1982[5] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité est modifiée comme suit:

[4] RS 831.40
[5] RS 831.40

Art. 56, 1er al., let. b et f
[1] Le fonds de garantie assume les tâches suivantes:

b. il garantit les prestations légales dues par des institutions de prévoyancce devenues insolvables ou, lorsqu'il s'agit d'avoirs oubliés, par des institutions liquidées;
f. il fait office de Centrale du 2e pilier pour la coordination, la transmission et le stockage d'informations relatives aux avoirs de prévoyance, conformément aux articles 24a à 24f, LFLP[6].

Art. 59, 3e al.
[3] Le Conseil fédéral règle le financement des tâches assumées par le fonds de garantie conformément à l'article 56, 1er alinéa, lettre f.

2. Le code des obligations[7] est modifié comme sui):

Art. 331, 5e al.
[5] L'employeur livre à la Centrale du 2e pilier, sur demande de celle-ci, les informations dont il dispose et qui pourraient permettre de retrouver les ayants droit d'avoirs oubliés ou les institutions qui les gèrent.

Art. 342, 1er al., let. a
[1] Sont réservées:
a. les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public, sauf en ce qui concerne les articles 331, 5e alinéa, et 331a à 131e[8];

III

Disposition transitoire
Les articles 24a et 24b s'appliquent également aux institutions qui gèrent des avoirs de prévoyance ou de libre passage générés avant l'entrée en vigueur de la présente modification de la loi du 17 décembre 1993[9]) sur le libre passage.

[6] RS 831.42 ; RO…(FF 1998 4988)
[7] RS 220
[8] Si la loi sur I'assurance-maternité devait entrer en vigueur avant la présente modification I'énumération devrait être complétée par Ies article 329f et 329g.
[9] RS 831.42 ; RO…(FF 1998 4988)

IV

Référendum et entrée en vigueur

[1] La présente loi est sujette au référendum facultatif.
[2] Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 18 décembre 1998	Conseil national, 18 décembre 1998
Le président: Rhinow	La présidente: Heberlein
Le secrétaire: Lanz	Le secrétaire: Anliker

Date de publication: 30 décembre 1998[10]

Délai référendaire: 9 avril 1999

40207

[10] FF 1998 4988

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 46

du 20 août 1999

ÉDITION SPÉCIALE

269 Exigences posées aux fondations de placement soumises à la surveillance de l'OFAS

L'OFAS a résumé sa pratique en matière de surveillance des fondations de placement qui lui sont soumises dans une brochure datée du 1er mai 1999.

Cette publication est le résultat de la collaboration d'un groupe de travail réunissant des représentants de l'OFAS et de l'Administration fédérale des contributions, d'une part, ainsi que, d'autre part, des experts externes et des responsables de fondations de placement. Elle expose la pratique de l'office fédéral en matière de surveillance et s'adresse aux fondations de placement soumises à la surveillance de l'OFAS. Parallèlement, sur la base des exigences nouvellement formulées, un nouveau questionnaire a été élaboré pour les organes de contrôle de fondations de placement. L'OFAS dispose donc désormais des instruments nécessaires lui permettant de tenir compte des particularités des fondations de placement. L'OFAS applique ces exigences également en cas de création de nouvelles fondations de placement.

La présente édition spéciale a pour but de faire connaître ces exigences. Elles visent à fournir aux personnes actives dans les domaines de l'application de la prévoyance professionnelle, du placement, de la surveillance et du contrôle ainsi qu'à d'autres catégories de personnes intéressées une information sur la pratique de l'office fédéral et une aide leur permettant de répondre à des questions du même ordre. Vous trouverez ci-après une introduction et le texte des *Exigences posées aux fondations de placement*.

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

269 Exigences posées aux fondations de placement soumises à la surveillance de l'OFAS

Introduction

Les fondations de placement servent aux placements collectifs d'institutions de prévoyance et constituent une catégorie particulière de placements collectifs. Les premières fondations de placement ont été créées en 1967, 1970 et 1973. On a vu se développer dans la pratique, sur la base du droit des fondations, un type de fondation étroitement lié à la prévoyance professionnelle qui gère et place exclusivement la fortune des institutions de prévoyance. Ce type de fondation suscite depuis plusieurs années l'intérêt croissant des investisseurs, dont témoigne également l'augmentation du nombre de fondations créées ces derniers temps. Les fondations de placement sont actuellement un instrument de placement important dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

La fondation de placement en tant que telle n'a pas fait l'objet jusqu'à présent de dispositions légales particulières. La réalité qu'elle recouvre est complexe et ne relève pas uniquement du droit des fondations. Sous l'angle de ce dernier, l'article 84 CC joue un rôle fondamental. Selon cette disposition, l'OFAS a pour tâche, en sa qualité d'autorité de surveillance des fondations de placement exerçant leur activité sur le plan national, de veiller à ce que la fortune de ces fondations soit utilisée conformément à leurs buts. Ce faisant, l'OFAS applique par analogie des dispositions du droit de la prévoyance, notamment les prescriptions en matière de placement, à la fondation de placement. Sont également appliquées des prescriptions du droit des sociétés et de la loi sur les fonds de placement.

En se fondant sur ces éléments, l'OFAS a rassemblé les principales exigences. Une importance particulière est accordée à la manière dont sont respectés les droits des investisseurs. Les investisseurs qui ont placé dans la fondation doivent être mieux à même de réaliser leurs objectifs de placement et d'accomplir leurs tâches de contrôle. Une transparence et une information suffisantes sont indispensables à cet effet.

Elaboration d'un document de référence pour les fondations de placement

En novembre 1997, un groupe de travail présidé par M. J.P. Landry a été chargé de formuler des exigences posées aux fondations de placement. Ce groupe était composé des personnes suivantes:

Président:
M. J.P. Landry
Chef de la section Economie et révisions de la division Prévoyance professionnelle, OFAS, Berne

Membres:
M. W. Aeschbacher, sous-directeur, STG Coopers & Lybrand, Zurich

M. R. Beyeler, Caisse d'assurance pour les fonctionnaires du canton de Bâle-Campagne, Liestal

M. B. Brandenberger, Complementa SA, St-Gall

M. A. Jaeggi (jusqu'au 31 mai 1998)
M. A. Theiler (depuis le 1er juin 1998), directeur, Fondation de placement Prevista, Zurich
(représentant la CAFP)

M. H. Mattmann, directeur, Fondation de placement HIG, Zurich

M. P. Pawlowsky, administrateur, Fondation de placement pour la prévoyance en faveur du personnel, Bâle
(représentant la CAFP)

M. S. Steinmann, directeur, IST, Zurich
(représentant la CAFP)

Ont également collaboré, du côté de l'OFAS:
M. R. Gadola, chef de la section Surveillance
M. B. Müller, fonctionnaire scientifique
M. C. Schafer, fonctionnaire scientifique

Des représentants de l'Administration fédérale des contributions ont également été associés aux travaux.

Signification et fonction des *Exigences*
Les fondations de placement ne font l'objet d'aucune codification. La présentation de ces exigences rend transparente la pratique de l'office en matière de surveillance. On fixe également des normes relatives à l'organisation de la fondation de placement, à l'étendue des droits des investisseurs, à l'information et à la transparence. L'aspect de la sécurité, qui est essentiel dans la prévoyance professionnelle, est donc clairement valorisé.

Domaine d'application
Les *Exigences* s'appliquent aux fondations de placement sous la surveillance de l'OFAS. Ces fondations sont tenues de revoir leurs documents de base et leurs règlements sous l'aspect de leur conformité aux exigences en question et de combler d'éventuelles lacunes. Le catalogue de ces exigences sert également de référence lorsqu'il s'agit de remplir le questionnaire spécial et s'adresse donc aussi aux organes de révision de fondations de placement.

En cas de création de nouvelles fondations, la société fondatrice ou les fondateurs doivent répondre à ces exigences.

Distribution
Si vous souhaitez recevoir d'autres exemplaires de la brochure ou du nouveau questionnaire, veuillez vous adresser au secrétariat de la division Prévoyance professionnelle (tél. 031 322 91 51; téléfax 031 324 06 83).

Exigences posées aux fondations de placement

(Pratique de l'OFAS en matière d'exigences posées aux fondations de placement soumises à sa surveillance)

1. Introduction

Les fondations de placement gèrent des fonds de prévoyance appartenant à des institutions de prévoyance. Les présentes exigences posées aux fondations de placement ont pour objectif d'assurer la **protection des investisseurs**.

Les fondations de placement constituent une catégorie particulière de placements collectifs qui, jusqu'à ce jour, ne sont soumis à aucune réglementation légale spécifique. La réalité qu'elles recouvrent est complexe. Elles sont soumises au droit des fondations ainsi qu'à diverses prescriptions particulières de la LPP et des ordonnances qui lui sont liées sont aussi déterminantes. Il s'agit essentiellement de l'article 56 OPP 2, ainsi que des articles 49 et suivants OPP 2, selon l'agencement actuel de la systématique des ordonnances. La doctrine défend par ailleurs le point de vue très convaincant selon lequel les fondations de placement sont également régies par le droit des sociétés, en plus du droit des fondations. Cela a des conséquences sur leur structure d'organisation et sur les droits des participants (investisseurs) essentiellement.

En sa qualité d'autorité de surveillance des fondations de placement d'importance nationale, l'OFAS a pour tâche de veiller à ce que la fortune de ces fondations soit utilisée conformément à leurs buts (art. 84 al. 2 CC). L'OFAS doit faire en sorte que les investisseurs soient suffisamment protégés. C'est pourquoi, se fondant sur l'article 84 CC entre autres, l'office applique par analogie aux fondations de placement différentes dispositions de la loi sur les fonds de placement.

Partant des dispositions légales mentionnées et de l'application pratique de l'article 84 CC, l'OFAS a rassemblé ci-dessous les principales exigences auxquelles doit satisfaire une fondation de placement. Ce catalogue d'exigences met l'accent sur les points suivants:

les droits des investisseurs,
l'organisation,
l'information et la transparence,
les contrôles externes et
les prescriptions de placement dans des cas particuliers.

Un accent particulier est mis sur la manière dont sont respectés les droits des investisseurs. C'est sur ce point en effet que la fondation de placement se distingue des autres formes collectives de placements et plus particulièrement des fonds de placement. Ces droits permettent aux investisseurs d'exercer une fonction de contrôle sur la fondation de placement.

Pour réaliser leurs objectifs de placement et pour exercer leurs tâches de contrôle, les investisseurs qui ont investi dans la fondation ont besoin de transparence et de

suffisamment d'informations. Ces dernières doivent en conséquence satisfaire à des exigences élevées.

2. Statuts

2.1 Nom, siège et date de création

L'acte de fondation contient les indications suivantes relatives au nom, au siège et à la date de création de la fondation:

Le **nom** doit clairement montrer qu'il s'agit d'une fondation de placement.
Tous les fondateurs doivent être mentionnés dans l'acte de fondation.
Les statuts doivent indiquer qu'il s'agit d'une fondation selon les articles 80 et suivants CC. Selon l'acte de fondation, le **siège de la fondation** est établi à une adresse suisse. La direction et l'organe de contrôle doivent aussi avoir leur siège en Suisse.

De plus, il y a lieu d'indiquer la **date d'établissement de l'acte** de fondation.

2.2 But de la fondation et cercle des investisseurs

Le **but de la fondation** doit se limiter exclusivement au placement collectif et à la gestion du capital apporté par les membres de la fondation (cofondateurs, investisseurs). Selon la pratique de l'OFAS, la création d'une fondation de placement qui cumulerait des fonctions de prévoyance et de placement n'est pas autorisée.

Les autorités fiscales n'octroient une exonération fiscale aux fondations de placement en vertu de l'article 56, lettre e, LIFD, ainsi que de l'article 23, alinéa 1, lettre d, LHID, que pour autant que celles-ci ne reçoivent que des fonds du deuxième pilier ou de fondations bancaires du pilier 3a. Il en résulte que le cercle des investisseurs d'une fondation de placement est limité aux institutions correspondantes des deuxième et troisième piliers (caisses de pensions, institutions de libre passage, institution supplétive, fonds de sécurité, fondations de placement, fonds de bienfaisance, fondations de financement, fondations bancaires dans le cadre du troisième pilier a).

2.3 Fortune de la fondation

Les statuts mentionnent la fortune de la fondation. Celle-ci se compose du:
a. capital de dotation et de
b. la fortune apportée par les investisseurs à des fins de placement.

Lors de la création d'une nouvelle fondation, le capital de dotation doit se monter à 100 000 francs au moins. Son montant doit être expressément mentionné dans l'acte de fondation.

Dans le cas des fondations à plusieurs quotes-parts (groupes de placements), l'acte de fondation doit faire apparaître que les capitaux peuvent être investis dans différents groupes de placements indépendants (quotes-parts) dont la comptabilité est tenue séparément.

Nous recommandons de faire figurer dans les statuts une disposition fondamentale relative aux droits patrimoniaux des investisseurs.

2.4 Organisation

2.4.1 Généralités

Les statuts doivent mentionner les principes de l'organisation ainsi que tous les organes de la fondation, tout en décrivant dans leurs grandes lignes les tâches de chacun de ces organes. Le règlement ne devrait contenir que les points de détail (concernant par exemple les élections, la durée des mandats, le mode de vote). Les statuts doivent renvoyer expressément aux dispositions réglementaires.

En plus de l'organe prévu par la loi (le conseil de fondation), la fondation doit en principe toujours être dotée d'une assemblée des investisseurs (assemblée des cofondateurs, assemblée des porteurs de droits de participations). D'autres organes peuvent exister à titre facultatif.

2.4.2 Dispositions nécessaires concernant les différents organes

Les exigences qui suivent et qui s'appliquent aux différents organes (tâches des organes, composition) doivent de préférence être posées dans les statuts.

L'**assemblée des investisseurs** doit avoir lieu au moins une fois par an, dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice annuel. Il y lieu de prévoir la possibilité de tenir des assemblées extraordinaires. L'assemblée des investisseurs constitue l'organe suprême de la fondation et c'est elle qui décide de la modification des statuts, sous réserve de l'accord de l'autorité de surveillance. De plus, elle décide de la dissolution et de la liquidation de la fondation, moyennant l'accord de l'autorité de surveillance. Elle approuve le règlement de la fondation, le rapport d'activité ainsi que les comptes annuels.

L'assemblée des investisseurs élit par ailleurs l'organe de révision (organe de contrôle) et approuve son rapport annuel. Le fondateur peut prévoir de nommer lui-même une partie des membres du conseil de fondation. Nous recommandons que l'élection de tous les membres du conseil de fondation se fasse par l'assemblée des investisseurs et nous exigeons que la majorité au moins des membres du conseil de fondation soient élus par l'assemblée des investisseurs. Cette règle ne s'applique pas lors de la création d'une fondation de placement. Lors de l'approbation d'une révision des statuts ou de la dissolution de la fondation, nous recommandons que la décision soit prise à la majorité qualifiée. Il faut aussi déterminer les compétences décisionnaires de l'assemblée des investisseurs.

Toutes les tâches qui ne sont pas expressément du ressort de l'assemblée des investisseurs, de l'organe de révision ou de l'autorité de surveillance incombent au **conseil de fondation**. De même, toute éventuelle délégation de tâches doit se baser

sur une norme de délégation statutaire ou réglementaire. Il est recommandé que le conseil de fondation compte au moins cinq membres. La durée du mandat des membres de ce conseil doit aussi être indiquée, ainsi que la compétence décisionnaire et plus exactement la composition de ce conseil.

2.5 Organe de révision (organe de contrôle)

Le choix de l'organe de révision est du ressort de l'assemblée des investisseurs. L'organe de révision doit être indépendant des fondateurs, du conseil de fondation et de la direction de la fondation, en ce qui concerne son organisation et son personnel, mais aussi d'un point de vue économique.

Nous recommandons que les tâches qui incombent à l'organe de révision soient décrites dans leurs grandes lignes dans les statuts.

2.6 Adoption et modification des règlements

Le règlement de la fondation et ses modifications doivent être approuvés par l'assemblée des investisseurs. Les statuts peuvent néanmoins prévoir que le conseil de fondation peut adopter, sans que cela soit soumis à l'approbation de l'assemblée des investisseurs, d'autres directives et règlements spéciaux. Ceux-ci peuvent notamment réglementer les tâches d'un comité de placement ou de la direction et fournir des directives de placement.

2.7 Dispositions en matière de liquidation

Les statuts doivent contenir des dispositions relatives à la liquidation de la fondation.

3. Règlement

3.1 Généralités

Dans la mesure où des dispositions n'ont pas été prises dans les statuts, les points suivants doivent figurer dans le règlement.

3.2 Droits des investisseurs

Le règlement de la fondation définit les droits des investisseurs. Il règle notamment le droit de vote et d'éligibilité (voir le point 2.4.2 ci-dessus), ainsi que le droit d'être informé.

Les statuts doivent pour leur part prévoir une réglementation détaillée des droits patrimoniaux des investisseurs. Il y a lieu d'y consigner le type et le mode de calcul de la valeur d'inventaire. L'émission des droits de participation doit être réglée. Pour les valeurs courantes du marché, nous recommandons une publication quotidienne.

Le mode de calcul du prix d'émission doit être transparent. La reprise des droits de participation et les exceptions en matière de délai maximum de reprise doivent faire l'objet d'une réglementation expresse. Pour les valeurs courantes du marché, nous recommandons une reprise quotidienne. Pour les placements moins courants, nous recommandons un délai maximum de reprise d'un an. Le mode de calcul du prix de reprise doit apparaître clairement.

Pour les groupes de placements immobiliers des fondations de placement ou les fondations de placement en valeurs immobilières, des dispositions doivent être prises pour la protection des intérêts des investisseurs. Ces dispositions concernent les experts chargés de procéder à des évaluations au sens des points 5.3.1 et 5.3.2.

Dans la mesure où les rapports juridiques entre la fondation de placement et l'investisseur sont réglés par des accords contractuels individuels (contrat de participation / contrat d'adhésion), il y lieu d'en faire mention dans le règlement au moins.

Les statuts ou le règlement doivent exiger que le conseil de fondation fournisse suffisamment d'informations aux investisseurs existants ou intéressés (pour le contenu de cette obligation d'informer, voir le point 8).

Nous recommandons que le règlement prévoie que l'accord de l'assemblée des investisseurs soit requis en cas de dissolution d'une quote-part de la fortune de la fondation.

3.3 Organisation

En règle générale, les principes fondamentaux de l'organisation figurent dans les statuts, et le règlement contient les dispositions de détail. Il est recommandé de prévoir les détails de l'organisation dans un règlement d'organisation complémentaire. Il nous paraît important que tous ceux qui sont habilités à prendre des décisions soient cités au moins dans ce règlement et que celui-ci établisse quelles sont leurs compétences (droits et obligations) et les possibilités de délégation. La réglementation en matière d'organisation doit définir avec suffisamment de clarté les tâches de chaque personne habilitée à prendre des décisions afin d'exclure tout conflit de compétence. Elle doit prévoir suffisamment de mécanismes de contrôle, définir et attribuer avec précision les tâches de surveillance. Il faut aussi qu'il y ait des dispositions claires sur les élections (organes, procédure, première désignation, nouvelles élections, durée des mandats, révocation), la composition des organes (nombre de membres, conditions techniques et personnelles d'éligibilité), la formation interne de l'opinion (prise de décision, notamment en matière de quorum, de droit de vote, de majorité simple ou qualifiée, de décision en cas d'égalité des voix, d'unanimité, de possibilité de prendre des décisions par voie de consultation écrite, des motifs de récusation, de tenue des procès-verbaux, etc.). Par ailleurs, les tâches de l'organe de révision et les fonctions d'une éventuelle banque dépositaire doivent faire l'objet d'une description ad hoc.

3.4 Placement de la fortune

La fondation doit décrire son activité de placement pour chaque quote-part, de préférence dans des directives de placement séparées. Cette description ne doit donner lieu à aucune confusion ou malentendu. Le nom du groupe de placement doit correspondre au contenu de ce groupe.

4. Exigences complémentaires en matière d'organisation

4.1 Devoir de la direction

La fondation de placement doit être dotée d'une organisation qui permette d'atteindre les buts fixés. Elle définit clairement sa structure et son fonctionnement. Elle veille en particulier à réglementer clairement les compétences et les contrôles internes.

Nous recommandons que les statuts prévoient que la direction soit indépendante économiquement des fournisseurs d'équipements ou de prestations à la fondation ainsi que indépendante du point de vue du personnel. Dans les cas où cela ne conviendrait pas, il y lieu d'établir une réglementation par voie contractuelle ou réglementaire, définissant les compétences, les responsabilités, les rapports de subordination et les contrôles, de telle sorte que les conflits d'intérêt potentiels soient réduits au minimum et que leur traitement soit réglementé.

La fondation de placement doit s'assurer que les personnes chargées de la direction de la fondation de placement sont en mesure d'accomplir les tâches qui leur sont confiées tant de par leur personnalité que leur formation et leur expérience.

4.2 Défense des intérêts des investisseurs

Toutes les personnes chargées de la direction et du contrôle de la fondation de placement ont pour tâche la défense exclusive des intérêts des investisseurs.

5. Placements

5.1 Généralités

5.1.1 Prescriptions générales de placement

Les dispositions en matière de placement de la LPP s'appliquent par analogie aux fondations de placement. Par conséquent toutes les possibilités de placements prévues dans le cadre de la LPP sont en principe autorisées.

5.1.2 Crédits

Les crédits exercent un effet de levier sur la fortune. Afin de répondre aux exigences de sécurité, il y lieu de renoncer à tout crédit portant sur l'ensemble du portefeuille de la fondation. Il est admissible de contracter un crédit dans un but précis et à court terme (cf 5.3 en matière de quote-part immobilière).

5.2 Groupes de placements titres

5.2.1 Diversification

Les limites de placement (diversification) de l'article 54 OPP 2 se réfèrent au total de la fortune d'une institution de prévoyance et non à des quotes-parts particulières. Les groupes de placements des fondations de prévoyance ne couvrent en règle générale qu'une partie des possibilités de placement d'une institution de prévoyance. Il est donc admissible que, au sein de ces groupes, les limites imposées par débiteur ou par société s'écartent de celles qui sont prévues dans l'OPP 2.

Le principe suivant s'applique: il y lieu de réaliser une diversification suffisante.

Stratégie de placement passive:
Des indices diversifiés peuvent être répliqués.

Stratégie de placement active:
Dans des cas isolés, les placements peuvent dépasser les limites imposées par l'OPP 2. Lorsque les placements dépassent les limites réglementaires de placement de la fondation, il y a lieu d'en indiquer les motifs techniques en annexe.

5.3 Groupes de placements biens immobiliers

5.3.1 Experts en évaluation

La fondation de placement doit nommer au moins un expert en évaluation indépendant et jouissant d'une bonne réputation. La fondation de placement doit s'assurer que ce dernier est en mesure d'accomplir sa tâche de par sa formation et son expérience. L'identité des experts en évaluation doit être publiée dans le rapport annuel.

5.3.2 Évaluation

La fondation de placement doit faire examiner par l'expert en évaluation la valeur de tout bien immobilier qu'elle désire acquérir ou vendre. Les projets de construction doivent être examinés par cet expert afin de déterminer si les dépenses prévues sont appropriées et conformes aux prix du marché. La fondation de placement demande à l'expert d'évaluer une fois par an la valeur vénale de ses biens immobiliers. Cette valeur peut être reprise pour la clôture des comptes à condition qu'aucune modification substantielle ne soit intervenue depuis la date de l'évaluation. Si la fondation de placement ne reprend pas l'évaluation sans changement dans ses comptes, elle doit le justifier vis-à-vis de l'organe de révision.

5.3.3 Diversification

La fondation de placement doit répartir ses placements de telle manière que les objets, leur âge et leur situation soient diversifiés. Les fondations de placement doivent en conséquence répartir leurs investissements sur au moins dix biens immobiliers différents. Les parcelles mitoyennes et les lotissements constitués selon les mêmes principes de construction sont considérés comme un seul objet immobilier. La valeur vénale d'un bien immobilier ne doit pas dépasser 25 % de la fortune du groupe de placement.

5.3.4 Terrains à bâtir

Les terrains à bâtir (y compris les immeubles à démolir), les bâtiments en chantier et les terrains assortis de droits de construction ne doivent pas, pris ensemble, dépasser 10 % de la fortune du fonds. Les terrains non bâtis d'un groupe immobilier doivent être aménagés et convenir à une construction immédiate.

5.3.5 Crédits / hypothèques

Les crédits exercent un effet de levier sur la fortune. Afin de répondre aux exigences en matière de sécurité, les crédits doivent être limités. Les placements faisant partie de ce groupe de placement sont par nature à long terme et difficilement réalisables à court terme. Il est donc particulièrement difficile que ces placements demeurent liquides. Pour en tenir compte, il est loisible de souscrire des crédits avec prudence dans les conditions suivantes: en moyenne, la charge sur tous les biens immobiliers ne doit pas dépasser 40 % de leur valeur vénale.

5.3.6 Devoir de loyauté

La gestion de la fondation de placement doit se faire exclusivement dans l'intérêt des investisseurs. Le but de tout groupe de placement est un investissement optimal à long terme dans l'immobilier. La stratégie de placement ne saurait donc être confondue avec l'octroi de mandats de construction à court terme.

5.4 Placements non traditionnels

5.4.1 Autorisation

Ne sont autorisés que les placements qui répondent aux prescriptions de placement de l'OPP 2. En cas de doute, il y lieu de consulter l'OFAS au préalable.

5.4.2 Risque particulier

Pour les groupes de placements qui présentent un risque particulier, tous les documents doivent être soumis au préalable à l'OFAS. Pour ces groupes de placements, les informations sur les produits doivent expressément faire état des risques particuliers encourus. Actuellement ce sont les groupes de placements présentant un caractère de capital-risque (venture capital) qui constituent les groupes de placements présentant des risques particuliers.

5.5 Apports en nature lors d'émissions / d'acquisitions

Les apports en nature lors de fusions sont autorisés.

Les apports en nature sous forme de titres sont autorisés lorsqu'il existe un prix objectif que l'on peut constater et que les apports sont compatibles avec la stratégie de placement. Les intérêts des autres investisseurs ne sauraient être compromis de quelque manière que ce soit. Les apports en nature sous forme de produits dérivés ne sont tolérés que s'ils sont conformes à l'article 56a OPP 2 et ont un prix de transaction. La fondation de placement enregistre tous les apports en nature à l'intention de l'organe de révision.

L’organe de révision contrôle la valeur à la date de la transaction des valeurs mobilières acquises et remises, ainsi que des droits de participation.

Pour les immeubles, il n’y a pas de prix objectif de négoce. Par contre, on constate un certain besoin d’effectuer des versements de cette nature de la part des institutions de prévoyance.

C’est pour cette raison que nous établissons la procédure suivante pour les biens immobiliers: Les apports en nature ne sont autorisés que s’ils sont conformes à la stratégie de placement. Les intérêts des autres investisseurs ne doivent en être affectés d’aucune manière. Il y a lieu de tenir suffisamment compte des besoins de liquidités (en raison notamment de la possibilité de dénonciation dont jouissent les investisseurs). Le prix des biens immobiliers doit faire l’objet d’une évaluation par l’expert indépendant de la fondation de placement selon la méthode d’évaluation existante et en tenant compte des dispositions réglementaires. Un deuxième expert, non-lié à la fondation de placement et au premier expert, examine la première évaluation.

L’organe de révision examine la méthode d’évaluation adoptée. Il contrôle le mode de calcul du prix et si le prix se justifie.

La fondation de placement établit un rapport sur tous les apports en nature à caractère immobilier. Le mode, le lieu, le prix et le rendement brut de chaque apport en nature doivent figurer en annexe, par objet.

6. Tenue des comptes / présentation des comptes

6.1 Présentation des comptes

Les dispositions du CO sur la tenue de la comptabilité commerciale ainsi que les principes régissant l'établissement régulier des comptes (art. 662a CO) sont applicables par analogie, tant que la loi ou les ordonnances n’en disposent pas autrement.

Dans le cas des fondations de placement disposant de plusieurs quotes-parts, il y a lieu de tenir une comptabilité séparée pour chaque quote-part, ainsi que pour le capital de dotation.

La comptabilité d’ensemble comprend plusieurs comptabilités partielles tenues séparément, telles que: la comptabilité financière, les comptes de placement (comptabilité titres et/ou comptabilité des immeubles), la comptabilité des investisseurs.

6.2 Plan comptable

Les plans comptables auront au moins la structure suivante:

6.2.1 Groupes de placements titres:

Actifs
Instruments du marché monétaire
Comptes de régularisation de l'actif
Valeurs mobilières (y compris valeurs mobilières prêtées)
Autres papiers valeurs et droits valeurs
Autres droits assimilables aux valeurs mobilières
Autres actifs
Pertes de capital réalisées, accumulées (solde débiteur)

Passifs
Créanciers
Comptes de régularisation du passif
Comptes des droits
Gains de capital réalisés, accumulés (solde créancier)
Produits réservés pour réinvestissements
Comptes de répartition aux porteurs de droits
Bénéfice reporté

Annexe / opérations hors bilan
Indications relatives aux instruments dérivés selon l'art. 56 a OPP 2
Indications sur le type et le volume des titres prêtés

Charges
Intérêts passifs
Frais de révision
Frais d'administration
Rémunérations réglementaires aux fournisseurs de prestations (courtages, honoraires de gestion, droits de dépôt, autres frais)
Autres charges
Participation des porteurs de droits sortants aux revenus courus

Revenus
Rendements des placements
Autres revenus
Participation des souscripteurs de droits aux revenus courus
Frais de souscription ou de rachat de droits
(Les gains en capital réalisés sur la valeur nominale ou lors de remboursements en capital sont à mentionner en annexe.)

6.2.2 Groupes de placements biens immobiliers

Actifs
Valeurs mobilières à court terme servant un intérêt fixe
Comptes de régularisation de l'actif
Biens immobiliers répartis en :
Terrains à bâtir (y compris les bâtiments à démolir)
Constructions commencées (y compris le terrain)
Constructions terminées (y compris le terrain)
Participations à des sociétés immobilières
Avances à des sociétés immobilières
Pertes de capital réalisées, accumulées (solde débiteur)

Passifs
Dettes hypothécaires
Créanciers
Comptes de régularisation du passif
Comptes des droits
Compte d'amortissement des immeubles
Provisions pour réparations futures
Gains de capital réalisés, accumulés (solde créancier)
Produits retenus en vue d'être réinvestis
Comptes de répartition aux porteurs de parts
Bénéfice reporté

Charges
Intérêts hypothécaires
Autres intérêts passifs
Entretien et réparations
Autres frais d'immeubles
Impôts et taxes
Frais d'administration
Frais d'évaluation et de révision
Amortissements des immeubles
Provisions pour réparations futures
Rémunérations réglementaires aux fournisseurs de prestations (courtages, honoraires de gestion, droits de dépôt, autres frais)
Autres charges
Participation des porteurs de droits sortants aux revenus courus

Revenus
Produits des valeurs mobilières à court terme servant un intérêt fixe
Loyers
Intérêts intercalaires portés à l'actif
Produits des participations
Intérêts sur les avances aux sociétés immobilières
Autres revenus
Participation des souscripteurs de droits aux revenus courus
Frais de souscription ou de rachat de droits

6.2.3 Autres groupes de placements
Les autres groupes de placements sont traités comme les groupes titres.

6.2.4 Gains et pertes en capital
La fondation de placement rassemble les gains et pertes résultant de l'aliénation d'objets ou de droits dans le compte «Gains et pertes de capital réalisés, accumulés». Les bénéfices en capital réalisés peuvent être affectés à des buts de distribution.

6.3 Évaluation

6.3.1 Groupes de placements titres
La valeur patrimoniale des groupes de placements doit être comptabilisée au prix d'achat. La fortune doit être évaluée à la valeur vénale du jour d'émission ou de reprise des droits, ou au moins du jour de la publication de l'émission ou de la reprise des droits.

La valeur vénale des titres ou d'un droit correspond au prix que l'on obtiendrait dans le cadre d'une vente prudente. Pour les placements cotés et les placements échangés sur un marché réglementé, accessible au public, la valeur vénale des placements négociés correspond à celle des cours.

6.3.2 Groupes de placements immobiliers
Les comptes de placement sont tenus au prix d'achat. La fortune doit être évaluée à la valeur vénale du jour d'émission ou de reprise des droits.

Le prix de chaque immeuble qui doit être acheté ou vendu doit être préalablement examiné par un expert indépendant.

La valeur vénale de tous les immeubles est établie lors du bouclement d'un exercice annuel. Tout immeuble doit être inspecté au moins tous les trois ans.

La méthode d'évaluation doit être exposée en annexe.

Les amortissements et les provisions doivent être comptabilisés selon des principes économiques et doivent être exposés en annexe. Les réévaluations de terrains à bâtir et de constructions commencées sont autorisées par le biais d'intérêts intercalaires au taux usuel du marché portés au crédit du compte de résultats. Les coûts du placement concernant cet objet ne doivent pas alors dépasser la valeur vénale estimée.

6.3.3 Autres groupes de placements
Les autres groupes de placements sont traités par analogie aux groupes titres. Si d'autres dispositions sont nécessaires en matière d'évaluation, elles doivent figurer dans le règlement.

6.4 Comptabilité des investisseurs

La fondation de placement tient un compte séparé et détaillé pour chaque investisseur.

6.5 Comptes annuels

Le rapport annuel comprend le rapport du conseil de fondation à l'assemblée des investisseurs ainsi que les comptes annuels. Ceux-ci comprennent le compte de fortune, le compte de résultats et l'annexe. Les chiffres de l'exercice précédent sont mentionnés dans les comptes annuels. Les comptes annuels sont bouclés au jour de référence du bilan fixé par la fondation et établis conformément aux dispositions légales. Ils doivent donner une image réelle de la fortune ainsi que de la situation financière et bénéficiaire de chaque quote-part.

6.5.1 Comptes de fortune / opérations hors bilan / comptes de résultats de la quote-part titres

Les comptes de fortune et de résultats quote-part titres comprennent au moins les éléments suivants:

6.5.1.1 Comptes de fortune pour chaque groupe de placement
Avoirs en banque (y compris les placements fiduciaires), groupés en:
- Avoirs à vue
- Avoirs à terme

Instruments du marché monétaire
Valeurs mobilières (y compris valeurs mobilières prêtées)
Autres papiers valeurs et droits valeurs
Autres droits assimilables aux valeurs mobilières
Autres actifs

Fortune totale

dont à déduire:
Engagements

Fortune nette

Nombre de droits en circulation
Valeur d'inventaire par droit

6.5.1.2 Opérations hors bilan
Indications en annexe sur les instruments dérivés selon l'art. 56a OPP 2
Indications en annexe sur les titres prêtés

6.5.1.3 Compte de résultats
Produits des liquidités et des placements à échéance fixe
Produits des titres
Autres revenus
Participation des souscripteurs aux revenus courus

Total des revenus
dont à déduire:
Intérêts passifs
Frais de révision
Rémunérations réglementaires aux fournisseurs de prestations, si la comptabilisation a lieu par le compte de résultats (en cas de comptabilisation au débit des comptes valeurs en capital, cela doit être explicitement mentionné dans l'annexe).
Autres charges
Participation des porteurs de droits sortants aux revenus courus

Résultat net
Gains et pertes de capital réalisés

Résultat réalisé

6.5.2 Compte de fortune / opérations hors bilan / compte de résultats des groupes de placements immobiliers

Les comptes de fortune et de résultats pour les groupes de placements immobiliers comprennent au moins les éléments suivants:

6.5.2.1 Compte de fortune
Liquidités et placements à échéance fixe
Valeurs mobilières à court terme servant un intérêt fixe
Biens immobiliers, groupés en:
- Terrains à bâtir (y compris les bâtiments à démolir)
- Constructions commencées (y compris le terrain)
- Constructions terminées (y compris le terrain)
- Autres éléments de la fortune

Fortune totale

dont à déduire:
Engagements, groupés en:
- Dettes hypothécaires et autres fonds étrangers
- Autres engagements

Fortune nette avant impôts estimés de liquidation
Impôts estimés de liquidation

Fortune nette

Nombre de droits en circulation
Valeur d'inventaire par droit

6.5.2.2 Informations sur le bilan et les droits dénoncés
Indication des comptes d'amortissements et de provisions (provisions pour réparations futures) à la date de bouclement. Indication du nombre de droits dénoncés au jour de bouclement.

6.5.2.3 Compte de résultats
Produits des liquidités, placements à échéance fixe et valeurs mobilières à court terme
Loyers
Intérêts intercalaires portés à l'actif
Autres revenus
Participation des souscripteurs aux revenus courus
Total des revenus

dont à déduire:
Intérêts hypothécaires
Autres intérêts passifs
Entretien et réparations
Administration des immeubles, répartie en:
- Frais concernant les immeubles
- Frais d'administration

Frais d'évaluation et de révision
Amortissements des immeubles
Provisions pour réparations futures
Rémunérations réglementaires aux fournisseurs de prestations, si la comptabilisation intervient par le compte de résultats (en cas de comptabilisation au débit des comptes valeurs en capital, cela doit être explicitement mentionné dans l'annexe)
Autres charges
Participation des porteurs de droits sortants aux revenus courus

Résultat net
Gains et pertes réalisés en capital

Résultat réalisé
Gains et pertes de capital non réalisés

Résultat total

6.5.3 Autres groupes de placements
Les autres groupes de placements sont traités par analogie aux groupes de placements titres.

6.5.4 Annexe
L'annexe contient: les principes d'évaluation, des indications sur le placement de la fortune (tant que celles-ci ne figurent pas dans le rapport de l'organe suprême), des explications sur le bilan et le compte de résultat, la présence d'instruments dérivés, le "securities lending".

6.5.5 Variation des quote-part nettes
La variation des quote-part nettes pendant l'exercice doit être mise en évidence de la manière suivante :
- Fortune au début de l'exercice
- Souscriptions
- Reprises / rachats
- Modifications de cours et revenus courants (résultat total)

- Fortune à la fin de l'exercice

Dans le cas des quotes-parts immobilières, pour apporter les éclaircissements mentionnés plus haut, il y a lieu de fournir les indications suivantes:
- Variation des impôts de liquidation
- Variation des comptes d'amortissements et de provisions

6.5.6 Affectation du résultat
Les indications relatives à l'affectation du résultat doivent comprendre au moins les éléments suivants :
-Résultat net de l'exercice comptable
-Gains de capital à distribuer
-Report de l'exercice précédent
-Résultat disponible pour distribution
-Résultat prévu pour distribution
-Résultat retenu pour réinvestissement
-Report en compte nouveau

6.5.7 Valeurs vénales
La fondation mentionne lors du bouclement de l'exercice comptable la valeur vénale des dif-férentes quotes-parts et la valeur d'inventaire des droits de participation qui en résulte.

7. Révision

7.1 Organe de révision

Afin d'assurer la qualité de ses prestations, la fondation de placement doit recourir à des sociétés de révision qui répondent aux exigences suivantes:

Seules peuvent entrer en considération des sociétés fiduciaires ou de révision.
L'organe de révision doit être membre de la Chambre fiduciaire.
L'organe de révision doit avoir de l'expérience en matière de placements collectifs.
La direction de l'organe de révision doit avoir une bonne réputation et disposer de connaissances techniques suffisantes dans les domaines bancaire et financier.
L'organe de révision doit être indépendant de la fondation et de ses fondateurs des points de vue organisationnel, financier et du personnel.

La fondation de placement ne doit pas fixer à l'avance la durée des travaux ni les coûts de la révision.

Les réviseurs responsables doivent avoir bonne réputation et être en possession du titre fédéral d'expert-comptable diplômé, d'un diplôme étranger équivalent ou pouvoir faire état de toute autre manière de connaissances approfondies dans le domaine de la révision.

Les organes de révision habilités à la révision des banques et des fonds de placement remplissent les exigences posées aux organes de révision

7.2 Principes de la révision

L'organe de révision établit un rapport à l'intention de la fondation de placement et de l'autorité de surveillance. Ce rapport mentionne de manière à la fois brève et précise les principales constatations sur les différentes positions du compte de fortune, du bilan, du compte de résultats et sur les opérations hors bilan.

Il s'exprime sur la méthode d'évaluation utilisée pour estimer la valeur des groupes de placements immobiliers.

Le rapport de révision doit être établi dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice comptable.

L'organe de révision remplit le questionnaire pour les fondations de placement joint au rapport de l'organe de révision et destiné à l'autorité de surveillance.

La révision doit être conduite conformément aux principes professionnels reconnus.

Il est recommandé de faire procéder à une révision intermédiaire en cours d'exercice.

8. Information des investisseurs

L'information des investisseurs revêt une très grande importance.

8.1 Statuts / règlement / directives de placement

Lors de son adhésion et après chaque révision, chaque investisseur doit recevoir un exemplaire des statuts, du règlement et des directives de placement.

8.2 Informations relatives aux produits

8.2.1 Remise d'une description des produits

Il y a lieu d'établir une description des produits lors de la création d'une fondation de placement et lors du lancement d'un nouveau groupe de placement.

8.2.2. Contenu minimum

– Nom du groupe de placement
– Type de placement
– Catégorie de placement selon l'OPP 2
– Stratégie de placement
– Modalités de l'émission
– Exercice comptable
– Délais de reprise des droits
– Indication des lieux des publications des cours
– En cas d'indication du rendement ou d'un risque quantifié, il y a lieu de mentionner la méthode et la base du calcul.

– Dans le cas des groupes de placements selon le point 5.4.2, qui présentent des «risques particuliers», il faut mentionner expressément ces « risques particuliers».

8.3. Rapport annuel

La fondation de placement publie un rapport annuel dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice comptable. Ce rapport comprend notamment les indications suivantes accompagnées d'explications:

a) Généralités :
– Organes de la fondation de placement
– Organe de révision
– Experts chargés des évaluations dans le cas des fondations de placement ayant des groupes de placements immobiliers

b) Pour chaque groupe de placement:
– Comptes annuels comportant un compte de fortune aux valeurs vénales, un compte de résultats, l'annexe, ainsi que des indications relatives à l'affectation du résultat (à présenter comme indiqué au point 6.5).
– Présentation de la structure des placements
– Description de la stratégie de placement
– Performance pour l'exercice comptable écoulé (la méthode de calcul doit être indiquée)
– Présentation adéquate du risque

8.4 Rapport semestriel

La fondation de placement publie un rapport semestriel dans les deux mois qui suivent la première moitié de l'exercice comptable. L'OFAS recommande la publication de rapports trimestriels.

8.5 Inventaire

Si l'investisseur en fait la demande, on lui remettra un inventaire pour chaque groupe de placement. Dans le cas des groupes de placements immobiliers, l'inventaire comprendra au moins les éléments suivants:
a. Terrains à bâtir (y compris les bâtiments à démolir)
b. Constructions commencées
c. Constructions terminées, terrain compris, groupées en:
    1. Habitations
    2. Immeubles commerciaux
    3. Terrains à usage commercial

A la demande de l'investisseur, les indications suivantes doivent être fournies séparément pour chaque objet immobilier:
a. Adresse
b. Prix d'acquisition

c. Valeur d'assurance
d. Valeur vénale
e. Rendement brut obtenu

8.6 Présentation des achats, des ventes et des autres transactions

Si l'investisseur en fait la demande, la fondation de placement doit l'informer sur les achats, les ventes et les autres transactions.
Dans le cas des biens immobiliers, l'investisseur peut demander de connaître le prix convenu pour chaque achat ou vente.

9. Documents à remettre à l'OFAS

9.1 Documents à remettre lors de la création de la fondation de placement

Les documents suivants doivent être remis à l'OFAS:
– Prospectus
– Statuts
– Règlement
– Directives de placement
– Règlement d'organisation (structure et fonctionnement)
– Plan d'action (notamment marché cible, volume visé, budget des frais d'administration, frais, commissions).

9.2 Documents à remettre périodiquement

9.2.1 Après le bouclement de l'exercice comptable

Les documents suivants doivent être remis à l'OFAS dans les six mois suivant le bouclement de l'exercice comptable:
– Par la fondation de placement: rapport et comptes annuels
– Par l'organe de révision: rapport de contrôle et questionnaire.

9.2.2 Autres documents

Il y lieu de remettre à l'OFAS pour information et lors de sa parution la documentation générale destinée à la clientèle, par exemple, le rapport trimestriel.

9.3 Lancement de nouveaux groupes de placements

Lors de leur introduction, il y lieu d'envoyer à l'OFAS, pour information, le descriptif des produits, les directives de placement et le règlement. En cas de doute, il est recommandé de consulter l'OFAS au préalable. L'office se réserve le droit de s'opposer ultérieurement à des dispositions contraires au droit.

9.4 Dissolution de quotes-parts

Avant la liquidation d'une quote-part, il faut soumettre à l'OFAS la décision de dissolution (dans la forme prévue par les statuts ou par le règlement). Cette décision doit respecter l'égalité de traitement des investisseurs et veiller à les informer suffisamment tôt. Après la liquidation, l'organe de révision doit confirmer que la quote-part a été dissoute comme il convient.

9.5 Modification des statuts, du règlement et des directives de placement

9.5.1 Statuts

Les modifications statutaires décidées par l'assemblée des investisseurs doivent être soumises à l'OFAS pour approbation. Il est recommandé de soumettre auparavant les modifications à l'OFAS, pour décision préalable.

9.5.2 Règlement, directives de placement

Les modifications doivent être portées à la connaissance de l'OFAS, pour information. En cas d'incertitude sur la conformité au droit d'une nouvelle réglementation, il est recommandé de consulter l'OFAS au préalable. L'office se réserve le droit de s'opposer, même ultérieurement, à des dispositions qui seraient contraires au droit.

Table des matières

Exigences posées aux fondations de placement 4
1. Introduction 4
2. Statuts 5
2.1 Nom, siège et date de création 5
2.2 But de la fondation et cercle des investisseurs 5
2.3 Fortune de la fondation 5
2.4 Organisation 6
2.5 Organe de révision (organe de contrôle) 7
2.6 Adoption et modification des règlements 7
2.7 Dispositions en matière de liquidation 7
3. Règlement 7
3.1 Généralités 7
3.2 Droits des investisseurs 7
3.3 Organisation 8
3.4 Placement de la fortune 9
4. Exigences complémentaires en matière d'organisation 9
4.1 Devoir de la direction 9
4.2 Défense des intérêts des investisseurs 9
5. Placements 9
5.1 Généralités 9
5. 2 Groupes de placements titres 10
5.3 Groupes de placements biens immobiliers 10
5.4 Placements non traditionnels 11
5.5 Apports en nature lors d'émissions / d'acquisitions 11
6. Tenue des comptes / présentation des comptes 12
6.1 Présentation des comptes 12
6.2 Plan comptable 13
6.3 Évaluation 15
6.4 Comptabilité des investisseurs 16
6.5 Comptes annuels 16
7. Révision 19
7.1 Organe de révision 19
7.2 Principes de la révision 20
8. Information des investisseurs 20
8.1 Statuts / règlement / directives de placement 20
8.2 Informations relatives aux produits 20
8.3. Rapport annuel 21
8.4 Rapport semestriel 21
8.5 Inventaire 21
8.6 Présentation des achats, des ventes et des autres transactions 22
9. Documents à remettre à l'OFAS 22
9.1 Documents à remettre lors de la création de la fondation de placement 22
9.2 Documents à remettre périodiquement 22
9.3 Lancement de nouveaux groupes de placements 22
9.4 Dissolution de quotes-parts 23
9.5 Modification des statuts, du règlement et des directives de placement 23
Table des matières 24

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 47

du 22 novembre

EDITION SPECIALE

270 Modification de l'ordonnance sur le libre passage

- adaptation au nouveau droit du divorce
- nouveau taux d'intérêt moratoire pour les prestations de sortie

Les nouvelles dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2000. Nous vous informons par le biais de cette édition spéciale :

- du texte des modifications de l'OLP (version non officielle)
- des commentaires des modifications
- du texte de l'ordonnance du DFI sur le divorce
- du commentaire de cette ordonnance

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Ordonnance
sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Modification du

Le Conseil fédéral suisse

arrête :

I

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage[1] est modifiée comme suit :

Art. 7 Taux d'intérêt moratoire

Le taux d'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP[2], augmenté de 1/4%.

Art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce (nouveau)

[1] Lors du partage de la prestation de sortie opéré par suite d'un divorce, en vertu de l'art. 22 LFLP, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage qui sont acquises au moment de la conlusion du mariage et aux versements uniques effectués jusqu'au moment du divorce correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2, applicable à la période considérée.

[2] Le taux de 4 % s'applique à la période antérieure au 1er janvier 1985.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2000.

..... Au nom du Conseil fédéral suisse :
La Présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss
Le Chancelier de la Confédération, François Couchepin

[1] RS 831.425, RO 1999 1773
[2] RS 841.40

COMMENTAIRES
de l'ordonnance sur le libre passage

---

1. Ad art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Aux termes de l'art. 2, al. 1, LFLP, si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. Conformément à l'al. 3 de la même disposition, la prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance et elle est affectée d'intérêts moratoires à partir de ce moment. En vertu de l'art. 26, al. 2, LFLP, c'est le Conseil fédéral qui a la compétence de fixer le taux desdits intérêts et il l'a fait à l'art. 7 OLP. Ce taux est actuellement fixé à 5%.

Selon la nouvelle teneur de l'art. 7 OLP, le taux de l'intérêt moratoire est non plus d'un pour-cent mais d'un quart pour-cent plus élevé que le taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP. Ce dernier se montant actuellement à 4 pour-cent (art. 15, al. 2, LPP; art. 12 OPP 2), le taux de l'intérêt moratoire passe donc de 5 à 4 1/4 pour-cent. Cette réduction tient ainsi compte des situations où les assurés changent fréquemment d'institutions de prévoyance, dans certaines branches économiques et dans certaines professions et permet d'éviter de pénaliser les assurés par la multiplication des frais, lors de chaque nouveau versement. Par la même occasion, il incitera les institutions de prévoyance a garder plus longtemps les prestations de sortie avant leur transfert à l'institution supplétive, faute d'annonce de l'assuré.

2. Ad art. 8a Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce (nouveau)

L'art. 22, al. 1, LFLP, dispose qu'en cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées entre les époux. Aux termes de l'art. 22, al. 2, LFLP, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage. Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage *les intérêts* dus au moment du divorce.

Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints avec des biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts entreraient de par la loi dans les biens propres (art 198 CC) doivent être déduits, y compris *les intérêts,* de la prestation de sortie à partager (art. 22, al. 3, LFLP).

L'art. 26, al. 3, LFLP, délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer le taux des intérêts dont il est question ci-dessus. C'est la raison de la présente modification de l'OLP, laquelle consiste dans l'adjonction d'un art. 8a.

Les montants augmentés des intérêts découlant des art. 22 et 22a LFLP doivent être considérés en principe comme des fonds liés d'une institution de prévoyance ou d'une institution de libre passage. Ces fonds portent intérêt soit au taux technique

pour les institutions sous forme d'assurance ou au taux d'intérêt pour les institutions d'épargne. C'est pourquoi, il semble approprié d'établir de manière correspondante le taux à fixer conformément à l'art. 22, LFLP. Il peut cependant en résulter des frais administratifs supplémentaires, voire d'éventuels litiges: on peut par exemple se demander à quel moment une institution a modifié son taux technique ou avant tout à quel moment une institution d'épargne a changé son taux d'intérêt.

Aujourd'hui d'une part, en vertu des art. 26, al. 2, LFLP et 8 OLP, le taux technique peut osciller entre 3,5 et 4,5 pour cent. D'autre part, depuis l'entrée en vigueur de la LPP, le taux d'intérêt minimal est toujours fixé à 4 pour cent. C'est la raison pour laquelle, selon l'al. 1, le taux d'intérêt au sens de l'art. 22, LFLP correspond au taux minimum fixé à l'art. 12 OPP 2. Ce procédé constitue pour le moins une simplification administrative en vue du calcul de la prestation de sortie acquise durant le mariage. Par ailleurs, la règle veut que le taux d'intérêt qui est appliqué correspond à celui qui était en vigueur durant la période donnée.

Ainsi, par cette mesure, le taux d'intérêt LPP minimum fixé à partir de 1985 vaut également pour la période antérieure à cette date comme si l'on procédait en quelque sorte à une extrapolation définitive.

Ordonnance du DFI
concernant les tableaux de calcul de la prestation
de sortie au sens de l'art. 22a de la loi sur le libre passage

du...

Le Département fédéral de l'intérieur
vu l'art. 22a de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)[3]
arrête :

Art. 1
[1] La prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base du tableau en annexe.

[2] Le tableau indique quel pourcentage du montant calculé selon l'art. 22a, al. 2, LFLP vaut comme prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

[3] Le pourcentage est déterminé sur la base:
a. de la durée de cotisation entre la prestation d'entrée fournie selon l'art. 22a al. 2, let. b, LFLP et la prestation de sortie selon l'art. 22a, al. 2, let. a, LFLP; et
b. de la durée du mariage durant la période de la lettre a.

[4] Ces deux durées de cotisation de l'al. 3 sont arrondies à l'année entière. Lorsque les deux durées de cotisation se montent à moins de 3,05 ans, elles sont arrondies à 0,1 année exactement.

Art. 2
La présente ordonnance entre en vigueur le le 1er janvier 2000.

... Département fédéral de l'intérieur :
Ruth Dreifuss

[3] RS 831.42

Annexe
(art. 1)

Tableaux pour le calcul de la prestation de sortie au moment du mariage selon l'art. 22a LFLP

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage										
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	0.1	**0.2**	**0.3**	**0.4**	**0.5**	**0.6**	**0.7**	**0.8**	**0.9**	**1.0**
0.1	0									
0.2	50	0								
0.3	66	33	0							
0.4	75	49	25	0						
0.5	80	59	39	20	0					
0.6	83	66	49	33	16	0				
0.7	85	71	56	42	28	14	0			
0.8	87	74	61	49	36	24	12	0		
0.9	88	77	66	54	43	32	21	11	0	
1.0	89	79	69	59	49	39	29	19	9	0
1.1	90	81	71	62	53	44	35	26	17	9
1.2	91	82	74	65	57	48	40	32	24	16
1.3	92	84	76	68	60	52	44	37	29	22
1.4	92	85	77	70	62	55	48	41	34	27
1.5	93	86	79	72	65	58	51	45	38	31
1.6	93	86	80	73	67	60	54	48	42	35
1.7	94	87	81	75	69	62	56	51	45	39
1.8	94	88	82	76	70	64	59	53	47	42
1.9	94	88	83	77	72	66	61	55	50	45
2.0	94	89	84	78	73	68	62	57	52	47
2.1	95	89	84	79	74	69	64	59	54	49
2.2	95	90	85	80	75	70	65	61	56	51
2.3	95	90	85	81	76	71	67	62	58	53
2.4	95	91	86	81	77	72	68	64	59	55
2.5	95	91	86	82	78	73	69	65	61	57
2.6	96	91	87	83	78	74	70	66	62	58
2.7	96	92	87	83	79	75	71	67	63	59
2.8	96	92	88	84	80	76	72	68	64	61
2.9	96	92	88	84	80	77	73	69	65	62
3.0	96	92	88	85	81	77	74	70	66	63

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage										
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	1.1	1.2	1.3	1.4	1.5	1.6	1.7	1.8	1.9	2.0
1.1	0									
1.2	8	0								
1.3	14	7	0							
1.4	20	13	7	0						
1.5	25	19	12	6	0					
1.6	29	23	17	12	6	0				
1.7	33	27	22	16	11	5	0			
1.8	36	31	26	20	15	10	5	0		
1.9	39	34	29	24	19	14	10	5	0	
2.0	42	37	32	28	23	18	14	9	4	0
2.1	45	40	35	31	26	22	17	13	9	4
2.2	47	42	38	34	29	25	21	16	12	8
2.3	49	45	40	36	32	28	24	20	16	12
2.4	51	47	42	38	34	30	26	23	19	15
2.5	53	48	44	41	37	33	29	25	21	18
2.6	54	50	46	43	39	35	31	28	24	21
2.7	56	52	48	44	41	37	34	30	27	23
2.8	57	53	50	46	43	39	36	32	29	25
2.9	58	55	51	48	44	41	37	34	31	28
3.0	59	56	53	49	46	43	39	36	33	30

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage										
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus									
	2.1	2.2	2.3	2.4	2.5	2.6	2.7	2.8	2.9	3.0
2.1	0									
2.2	4	0								
2.3	8	4	0							
2.4	11	7	4	0						
2.5	14	11	7	3	0					
2.6	17	14	10	7	3	0				
2.7	20	16	13	10	6	3	0			
2.8	22	19	16	12	9	6	3	0		
2.9	24	21	18	15	12	9	6	3	0	
3.0	27	23	20	17	14	11	9	6	3	0

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
1	0								
2	47	0							
3	63	30	0						
4	71	44	21	0					
5	75	53	34	16	0				
6	79	59	42	26	12	0			
7	81	64	48	34	21	10	0		
8	82	67	52	40	28	18	8	0	
9	84	69	56	44	33	23	15	7	0
10	85	71	59	47	37	28	20	12	6
11	86	73	61	50	41	32	24	17	11
12	86	74	63	53	43	35	28	21	15
13	87	75	64	55	46	38	30	24	18
14	87	76	66	56	48	40	33	27	21
15	88	77	67	58	49	42	35	29	23
16	88	78	68	59	51	44	37	31	26
17	89	78	69	60	52	45	39	33	28
18	89	79	70	61	54	47	40	34	29
19	89	79	70	62	55	48	42	36	31
20	89	80	71	63	56	49	43	37	32
21	90	80	72	64	56	50	44	38	33
22	90	81	72	64	57	51	45	39	34
23	90	81	72	65	58	51	46	40	35
24	90	81	73	65	58	52	46	41	36
25	90	81	73	66	59	53	47	42	37
26	90	82	74	66	60	53	48	43	38
27	91	82	74	67	60	54	48	43	39
28	91	82	74	67	61	54	49	44	39
29	91	82	75	67	61	55	49	44	40
30	91	83	75	68	61	55	50	45	40
31	91	83	75	68	62	56	50	45	41
32	91	83	75	68	62	56	51	46	41
33	91	83	76	69	62	57	51	46	42
34	91	83	76	69	63	57	52	47	42
35	91	83	76	69	63	57	52	47	43
36	91	83	76	69	63	57	52	47	43
37	91	84	76	70	63	58	53	48	43
38	91	84	76	70	64	58	53	48	44
39	92	84	77	70	64	58	53	48	44
40	92	84	77	70	64	58	53	49	44
41	92	84	77	70	64	59	54	49	45
42	92	84	77	70	64	59	54	49	45
43	92	84	77	71	65	59	54	49	45
44	92	84	77	71	65	59	54	50	45
45	92	84	77	71	65	59	54	50	45

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	10	**11**	**12**	**13**	**14**	**15**	**16**	**17**	**18**
10	0								
11	5	0							
12	9	4	0						
13	13	8	4	0					
14	16	11	7	3	0				
15	18	14	10	6	3	0			
16	21	16	12	9	5	3	0		
17	23	18	14	11	8	5	2	0	
18	24	20	16	13	10	7	4	2	0
19	26	22	18	15	11	9	6	4	2
20	27	23	20	16	13	10	8	5	3
21	29	25	21	18	14	12	9	7	5
22	30	26	22	19	16	13	10	8	6
23	31	27	23	20	17	14	12	9	7
24	32	28	24	21	18	15	13	11	9
25	33	29	25	22	19	16	14	12	10
26	34	30	26	23	20	17	15	12	10
27	34	30	27	24	21	18	16	13	11
28	35	31	28	24	21	19	16	14	12
29	36	32	28	25	22	19	17	15	13
30	36	32	29	26	23	20	18	15	13
31	37	33	29	26	23	21	18	16	14
32	37	33	30	27	24	21	19	17	15
33	38	34	31	27	24	22	19	17	15
34	38	34	31	28	25	22	20	18	16
35	39	35	31	28	25	23	20	18	16
36	39	35	32	29	26	23	21	19	17
37	39	36	32	29	26	24	21	19	17
38	40	36	33	29	27	24	22	19	17
39	40	36	33	30	27	24	22	20	18
40	40	37	33	30	27	25	22	20	18
41	41	37	34	30	28	25	23	20	18
42	41	37	34	31	28	25	23	21	19
43	41	37	34	31	28	26	23	21	19
44	41	38	34	31	28	26	24	21	19
45	42	38	35	32	29	26	24	22	20

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	19	20	21	22	23	24	25	26	27
19	0								
20	2	0							
21	3	1	0						
22	4	3	1	0					
23	6	4	2	1	0				
24	7	5	4	2	1	0			
25	8	6	5	3	2	1	0		
26	9	7	5	4	3	2	1	0	
27	9	8	6	5	4	3	2	1	0
28	10	9	7	6	4	3	2	2	1
29	11	9	8	6	5	4	3	2	1
30	12	10	8	7	6	5	4	3	2
31	12	11	9	8	6	5	4	3	3
32	13	11	10	8	7	6	5	4	3
33	13	12	10	9	8	6	5	4	4
34	14	12	11	9	8	7	6	5	4
35	14	13	11	10	8	7	6	5	4
36	15	13	12	10	9	8	7	6	5
37	15	14	12	11	9	8	7	6	5
38	16	14	12	11	10	8	7	6	6
39	16	14	13	11	10	9	8	7	6
40	16	15	13	12	10	9	8	7	6
41	17	15	13	12	11	9	8	7	7
42	17	15	14	12	11	10	9	8	7
43	17	16	14	13	11	10	9	8	7
44	17	16	14	13	12	10	9	8	7
45	18	16	14	13	12	11	9	8	8

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	28	29	30	31	32	33	34	35	36
28	0								
29	1	0							
30	1	1	0						
31	2	1	1	0					
32	2	2	1	0	0				
33	3	2	1	1	0	0			
34	3	3	2	1	1	0	0		
35	4	3	2	2	1	1	0	0	
36	4	3	3	2	2	1	1	0	0
37	4	4	3	2	2	1	1	1	0
38	5	4	3	3	2	2	1	1	1
39	5	4	4	3	3	2	2	1	1
40	5	5	4	3	3	2	2	1	1
41	6	5	4	4	3	3	2	2	1
42	6	5	5	4	3	3	2	2	2
43	6	5	5	4	4	3	3	2	2
44	6	6	5	4	4	3	3	2	2
45	7	6	5	5	4	4	3	3	2

Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage									
	Nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus								
	37	38	39	40	41	42	43	44	45
37	0								
38	0	0							
39	1	0	0						
40	1	1	0	0					
41	1	1	0	0	0				
42	1	1	1	0	0	0			
43	1	1	1	1	0	0	0		
44	2	1	1	1	1	0	0	0	
45	2	2	1	1	1	1	0	0	0

COMMENTAIRES
de l'ordonnance du DFI concernant les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22a de la loi sur le libre passage

---

I. Généralités

Lorsque les époux qui divorcent se sont mariés avant le 1er janvier 1995, il convient de déterminer, si c'est possible, le montant de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage conformément à la LFLP. Selon l'art. 22a, al. 1, 2e phrase, ce montant est déterminant pour le calcul de la prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage (art. 22, al. 2, LFLP), si le conjoint assuré n'a jamais changé d'institution de prévoyance entre la date du mariage et le 1er janvier 1995.

Il n'est en revanche pas possible de procéder ainsi lorsque le conjoint assuré a changé d'institution durant cette période. En règle générale, dans les cas de ce genre, les documents ne sont plus complets, de sorte que l'on ne peut pas calculer exactement quelle aurait été la prestation de sortie au moment du mariage selon le nouveau droit. Pour faciliter l'application du partage, il convient donc de partir de valeurs qui se rapprochent de la valeur réelle; celles-ci devront être calculées à l'aide d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur conformément à l'art. 22a, al. 1, 1ère phrase, LFLP et sur la base des principes énoncés aux al. 2 et 3 de la même disposition.

Ces valeurs sont des valeurs moyennes qui pourront s'écarter dans les cas concrets des valeurs réelles. Les tentatives d'apporter la preuve de divergences pourraient donner lieu à des difficultés considérables sans permettre, dans bien des cas, d'aboutir à des résultats clairs. La LFLP exclut dès lors la faculté des intéressés d'apporter la preuve que la prestation de libre passage réelle est plus ou moins élevée que celle obtenue à l'aide du tableau. Autrement dit, l'utilisation du tableau est obligatoire lorsque le conjoint assuré a changé d'institution de prévoyance entre la date du mariage et le 1er janvier 1995 (art. 22a, al. 1, 1ère phrase, LFLP).
Cette méthode de calcul s'applique également aux avoirs de libre passage acquis avant le 1er janvier 1995 (art. 22a, al. 4, LFLP).

II. Commentaire concernant l'art. 1

L'al. 1 renvoie au tableau figurant en annexe de ordonnance. Ce tableau contient chaque valeur (pourcentage) permettant de déterminer la part de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage en fonction du montant obtenu conformément à l'art. 22a, al. 2. Les bases de ce tableau sont expliquées au ch. III. Les exemples figurant au ch. IV nous indiquent la manière d'utiliser ce tableau.

Les al. 2 et 3 fixent pour principe que le choix de la valeur précise de la tabelle dépend de deux paramètres bien définis. L'un des paramètres est la durée de cotisations entre la prestation d'entrée fournie lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance et la prestation de sortie devenue exigible ou versée. Le second paramètre est la durée du mariage contenue dans cette durée de cotisations. Le choix de ces deux paramètres correspond à ceux définis conformément à l'art. 22a, al. 3, LFLP, en tant que prescription minimale.

Les deux paramètres de ce tableau représentent des durées. Pour une durée de 45 ans que l'on peut considérer comme suffisante, on obtient 45x365= 16'425 jours et, par conséquent, les valeurs possibles pour ces deux paramètres. Afin de limiter l'étendue du tableau, **l'al. 4** prescrit d'arrondir ces deux paramètres à des années entières. Ce procédé peut paraître trop grossier lorsque les deux paramètres sont peu élevés. C'est pourquoi, il y a lieu d'arrondir précisément à 1/10 = 0.1 si ces deux paramètres ont une valeur de 0 à 3 années. La moitié d'un dixième d'année est arrondie à la dizaine supérieure (ainsi par ex. 2.05 années deviennent 2.1 années).

III. Base de calcul du tableau

Le tableau qui permet de calculer la prestation de sortie au moment du mariage selon la manière de l'art. 22a LFLP part du principe qu'à n'importe quel moment (t_{avant}) avant la conclusion du mariage (si possible la date la plus proche du mariage), une prestation d'entrée est connue (art. 22a, al. 2, let. b). Une telle prestation d'entrée marque l'entrée dans la caisse de pension. Ce montant s'accroît par la suite (en général des cotisations périodiques). De plus, on part du principe que pendant la durée du mariage, à un certain moment ($t_{après}$), une prestation de sortie est définie, soit parce qu'elle était exigible, soit parce qu'elle a été calculée selon la loi fédérale sur le libre passage (art. 22a, al. 2, let. a).

On ne peux pas décrire de manière générale le processus d'accroissement entre le moment t_{avant} et $t_{après}$. Hormis les cotisations périodiques, différentes causes d'accroissement sont possibles comme la méthode de calcul de la prestation de libre passage, les rachats suite à des augmentations de salaire, des modifications des bases techniques ou du plan de prévoyance, la répartition de moyens libres etc.

Pour la fiabilité de la prestation de sortie à déterminer au moment du mariage, c'est préférable de considérer les accroissements non réguliers de manière spéciale. Il s'agit avant tout des versements uniques; selon l'art. 22a, al. 2, LFLP, ils doivent d'ailleurs être considérés séparément.

Même si les apports non continus sont éliminés du processus d'accumulation et considérés séparément, il n'est pas garanti que le processus d'accumulation restant se passe dans tous les cas de manière régulière et continue Une réglementation générale, comme celle qui sert à définir le tableau, ne peut pas prendre cela en considération. C'est pour cette raison que les hypothèses en général appropriées, partent du principe d'un processus d'accumulation restant régulier et continu.

Afin de limiter l'étendue du tableau, on a supposé le processus d'accumulation d'un plan de prévoyance d'un fonds d'épargne avec un taux de cotisations indépendant de

l'âge de l'assuré. Ainsi, les valeurs du tableau pour déterminer la prestation de sortie à la conclusion du mariage découle de la formule suivante :

$$\frac{(1+j)^m - (1+i)^m}{(1+j)^n - (1+i)^n}$$

avec

i : taux d'intérêt annuel moyen dans le période de t_{avant} jusqu'à $t_{après}$.
j : taux de croissance annuel moyen des "cotisations" périodiques dans la période de t_{avant} bis $t_{après}$ (par ex. le taux de croissance du salaire de la personne assurée).
m : durée de la période de t_{avant} jusqu'à la conclusion du mariage
n : durée de la période de t_{avant} jusqu'à $t_{après}$.

Pour le **taux d'intérêt** i , une valeur constante de 4 pour-cent est considérée pour toute la durée de capitalisation.
Pour déterminer le **taux de croissance** moyen j des "cotisations" périodiques, on se base sur l'analyse des taux de croissance de l'évolution générale de salaire de la période 1950 -1995 :

Taux de croissance moyen annuel du salaire calculé pour une période de	intervalle des taux de croissance annuels moyens du salaire observés dans la période 1950 - 1995	milieu de l'intervalle
1 année	1.34 % - 12.6%	6.95%
5 ans	2.49% - 11.4%	6.96%
10 ans	3.28% - 8.90%	6.09%
15 ans	3.88% - 8.31%	6.10%
20 ans	3.77% - 7.21%	5.49%
25 ans	5.18% - 6.61%	5.89%
30 ans	5.45% - 6.10%	5.77%
35 ans	5.55% - 5.86%	5.70%
40 ans	5.37% - 5.51%	5.44%
45 ans	5.15%	5.15%

Pour tenir compte du taux d'accroissement général du salaire, en examinant les valeurs précédentes, on peut calculer avec un taux de croissance annuel de 6 pour-cent.

Un facteur principal qui influence le processus d'accumulation est la méthode de calcul de la prestation de libre passage. Il faut en effet considérer beaucoup de possibilités : la réglementation du libre passage avant le 1.1.1995 et celle selon la LFLP (art. 15, 16, 17, 18 et 19 LFLP). Outre l'évolution générale du salaire, l'évolution individuelle du salaire influence également le processus d'accumulation. Afin de tenir compte de ce facteur, **le taux de croissance des "cotisations" périodiques** moyen j a été fixé à **8 pour-cent**, ce qui signifie que le taux d'évolution de salaire général de 6% est augmenté de 2 point de pourcentage. Ainsi, les valeurs du tableau permettant de définir la prestation de sortie à la conclusion du mariage sont calculées à l'aide de la formule suivante :

$$\frac{1.08^{m} - 1.04^{m}}{1.08^{n} - 1.04^{n}}$$

Les valeurs du tableau considèrent ainsi uniquement les durées de cotisations. Selon le modèle de l'art. 22a, al. 3, LFLP, ce sont d'une part la durée de cotisations entre l'apport de la prestation d'entrée selon l'al. 2, let. b et la prestation de sortie selon l'al. 2, let. a (= **n** dans ce qui précède) et d'autre part, la durée du mariage comprise dans cette durée de cotisations (= **n-m** dans ce qui précède). Ces deux durées sont en général arrondies en années entières. Une demie année est arrondie à l'année supérieure (par ex. des durées de 5.24, 12.5 ou 9.71 ans deviennent pour l'utilisation du tableau des durées de 5, 13 et 10 ans). Une subdivision plus fine de ces durées n'a pas de sens en vertu des bases de calculs des valeurs du tableau et peut mener à une fausse idée de précision. Toutefois, en cas de durées très courtes, jusqu'à trois ans, les arrondis doivent être faits à une décimale, soit à 0.1 année exactement (par ex. des durées de 0.24, 1.55 ou 2.78 deviennent pour l'utilisation du tableau des durées de 0.2, 1.6 resp. 2.8 années).

IV. Exemples d'application

Tous les exemples sont basés sur le même schéma de calcul prévu par l'art. 22a, al. 2, LFLP et utilisent les données suivantes:

[1] Date et montant de la dernière prestation d'entrée, connue et antérieure au mariage, dans un nouveau rapport de prévoyance (art. 22*a*, al. 2, let. b, LFLP).

[2] Moment de la conclusion du mariage.

[3] Date et montant de la première prestation de sortie communiquée d'office conformément à l'art. 24 LFLP. Lorsqu'une prestation de sortie est échue entre le moment de la conclusion du mariage et celui de la communication de la prestation de sortie, le montant de la prestation échue et la date de son échéance sont déterminants pour le calcul (art. 22a, al. 2, let. a, LFLP).

[4] Date et montant de tous les versements uniques effectués entre les dates selon [1] et [3].

La prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base de ces données et à l'aide du tableau. Les intérêts doivent être compris

dans le calcul (art. 22a, al. 2, LFLP). Le taux d'intérêt à utiliser se monte à 4 pour-cent selon l'art. 8a OLP.

[5] La prestation d'entrée (selon [1]) et tous les versements uniques (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [3]. Ces montants et leurs intérêts sont déduits de la prestation de sortie selon [3].

[6] Le
- nombre d'années de cotisations entre la date de la *prestation d'entrée existant avant le mariage* et la date de la *prestation de sortie existant après le mariage* (durée de cotisations entre les dates selon [1] et [3])
- *nombre d'années de mariage contenues dans la période ci-dessus* (durée de cotisations entre les dates selon [2] et [3])

déterminent le taux de répartition du tableau.

[7] La part déterminée selon [6] du montant calculé conformément à [5] constitue la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

[8] La prestation de sortie (selon [1]) et tous les versements uniques effectués avant la conclusion du mariage (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [2]. Ces montants et leurs intérêts sont ajoutés à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage selon [7]. Le montant ainsi obtenu constitue la **prestation de sortie** totale **au moment de la conclusion du mariage**.

La prestation de sortie calculée au moment de la conclusion du mariage selon la méthode ci-dessus est utilisée pour déterminer la prestation de sortie à partager selon l'art. 22, al. 2, LFLP.

Exemple 1

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris Intérêts jusqu'au 31.12.1985		Intérêts jusqu'au 15.4.1975	
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance		**1.5.1972**					
Prestation de libre passage apportée	[1]	**1.5.1972**	**4'890.-**	[5]	-8'360.-	[8]	5'491.-
Versement unique	[4]	**30.11.1972**	**2'523.-**	[5]	-4'215.-	[8]	2'770.-
Mariage	[2]	**15.4.1975**					
Sortie de l'institution de prévoyance		**31.12.1985**					
Prestation de sortie	[3]	**31.12.1985**	**92'988.-**	[5]	92'988.-		
				[5]	80'413.-		
				11 % de ce montant			
				[7]	8'845.-	[8]	8'845.-
						[8]	**17'106.-**
						Prestation de sortie lors du mariage	

Application du tableau [6]

1.	Détermination des paramètres-durée nécessaires		
1.1	Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et la prestation de sortie (31.12.85) après le mariage	13.668	**14**
1.2	Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (15.4.75-31.12.85)	10.712	**11**
2.	Valeur du tableau		**11%**

Exemple 2

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris Intérêts jusqu'au 31.12.1995		Intérêts jusqu'au 15.4.1975	
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance		**1.5.1972**					
Prestation de libre passage apportée	[1]	**1.5.1972**	**4'890.-**	[5]	-12'375.-	[8]	5'491.-
Versement unique	[4]	**30.11.1972**	**2'523.-**	[5]	-6'240.-	[8]	2'770.-
Mariage	[2]	**15.4.1975**					
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	[3]	**31.12.1995**	**349'490.-**	[5]	349'490.-		
				[5]	330'875.-		
				4 % de ce montant			
				[7]	13'235.-	[8]	13'235.-
						[8]	**21'496.-**
						Prestation de sortie lors du mariage	

Application du tableau [6]

1.	Détermination des paramètres-durée nécessaires		
1.1	Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et la prestation de sortie (31.12.95) après le mariage	23.668	**24**
1.2	Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (15.4.75-31.12.95)	20.712	**21**
2.	Valeur du tableau		**4%**

Exemple 3

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris Intérêts jusqu'au 31.12.1996		Intérêts jusqu'au 18.12.1992	
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance		**1.1.1985**					
Prestation de libre passage apportée	[1]	**1.1.1985**	**0.-**	[5]	0.-	[8]	0.-
Mariage	[2]	**18.12.1992**					
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	[3]	**31.12.1996**	**51'446.-**	[5]	51'446.-		
				[5]	51'446.-		
				53 % de ce montant			
				[7]	27'266.-	[8]	27'266.-
						[8]	**27'266.-**
						Prestation de sortie lors du mariage	

Application du tableau [6]

1.	Détermination des paramètres-durée nécessaires		
1.1	Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.1.85) avant le mariage et la prestation de sortie (31.12.96) après le mariage	12.000	**12**
1.2	Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (18.12.92-31.12.96)	4.036	**4**
2.	Valeur du tableau		**53%**

Exemple 4

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris Intérêts jusqu'au 15.9.1995	Intérêts jusqu'au 18.12.1992
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance		**1.9.1992**			
Prestation de libre passage apportée	[1]	**1.9.1992**	**26'784.-**	[5] -30'175.-	[8] 27'101.-
Mariage	[2]	**18.12.1992**			
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	[3]	**15.9.1995**	**42'835.-**	[5] 42'835.-	
				[5] 12'660.-	
				9 % de ce montant	
				[7] 1'139.-	[8] 1'139.-
					[8] 28'240.-
					Prestation de sortie lors du mariage

Application du tableau [6]

1.	Détermination des paramètres-durée nécessaires		
1.1	Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.9.92) avant le mariage et la prestation de sortie (15.9.95) après le mariage	3.038	**3.0**
1.2	Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (18.12.92-15.9.95)	2.742	**2.7**
2.	Valeur du tableau		**9%**

Exemple 5

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris Intérêts jusqu'au 31.12.1997		Intérêts jusqu'au 13.5.1983	
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance		**1.3.1981**					
Prestation de libre passage apportée	[1]	**1.3.1981**	**97'000.-**	[5]	-187'752.-	[8]	105'755.-
Versement unique	[4]	**31.12.1981**	**15'636.-**	[5]	-29'286.-	[8]	16'498.-
Versement unique	[4]	**31.12.1982**	**15'636.-**	[5]	-28'160.-	[8]	15'864.-
Mariage	[2]	**13.5.1983**					
Versement unique	[4]	**31.12.1983**	**15'636.-**	[5]	-27'076.-		
Versement unique	[4]	**31.12.1984**	**15'636.-**	[5]	-26'035.-		
Versement unique	[4]	**31.12.1985**	**15'636.-**	[5]	-25'034.-		
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	[3]	**31.12.1997**	**833'060.-**	[5]	833'060.-		
				[5]	509'717.-		
				5 % de ce montant			
				[7]	25'486.-	[8]	25'486.-
						[8]	**163'603.-**
						Prestation de sortie lors du mariage	

Application du tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires

1.1 Nombre d'années de cotisations entre la prestation d'entrée (1.3.81) avant le mariage et la prestation de sortie (31.12.97) après le mariage — 16.836 — **17**

1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (13.5.83-31.12.97) — 14.636 — **15**

2. Valeur du tableau — **5%**

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 48

du 21 décembre 1999

TABLE DES MATIERES

Indications
271 Entrée en vigueur de la loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998
272 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2000
273 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2000
274 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP
275 L'OFAS sur Internet
276 Possibilités d'atteindre l'institution supplétive LPP

Prise de position de l'OFAS
277 Invalidité - délai d'attente
278 Obligation de renseigner les autorités de poursuite

Prise de position du groupe de travail "Surveillance Confédération et cantons"
279 Surveillance dans la prévoyance professionnelle – Confédération et cantons
280 Prévoyance professionnelle: gestion paritaire de l'institution de prévoyance
281 Affiliation d'associations à des institutions collectives et communes
282 Utilisation des fonds libres des institutions de prévoyance pour la réduction des cotisations
283 Contrats d'affiliation avec une institution collective
284 Contrats d'affiliation avec une institution de prévoyance du personnel pour employeurs étroitement liés sur le plan économique ou financier
285 Dissolution des contrats d'adhésion: compensation des primes impayées avec les prestations et dissolution rétroactive des contrats d'adhésion

Jurisprudence
286 Liquidation partielle
287 Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente – consentement du conjoint – compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP
288 Surindemnisation – non-adaptation du règlement de l'institution de prévoyance à la nouvelle teneur de l'article 24 OPP 2 (en vigueur dès le 1.1.93)

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

271 Entrée en vigueur du programme de stabilisation 1998

Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le programme de stabilisation par arrêté du 11 août 1999. Les différentes parties entreront en vigueur en quatre étapes. L'entrée en vigueur des dispositions relatives à la loi fédérale sur les impôts fédéraux directs, la loi fédérale sur l'harmonisation fiscale, la LPP et la loi fédérale sur le libre passage est prévue pour le 1er janvier 2001.

272 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2000

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2000 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,05% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations.

Pour la première fois, ces taux ont été calculés sur la base d'un nouveau système de financement selon lequel toutes les institutions de prévoyance soumises à la Loi sur le libre passage (LFLP) ont dorénavant l'obligation de cotiser (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n^{o} 41 du 1er juillet 1998, ch. 238).

Les subsides pour structure d'âge défavorable continuent d'être financés selon l'ancien système par les cotisations des institutions inscrites au registre de la prévoyance professionnelle. La base de calcul est la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de cotiser pour leurs prestations de vieillesse. Le taux de cotisation est fixé en tenant compte des données pratiques tirées de l'expérience.

Le système de cotisation des prestations pour insolvabilité et d'autres prestations, par contre, est nouveau. Ces prestations seront financées par les cotisations de toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP. La base de calcul est composée de la somme des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés calculée selon l'article 2 LFLP au 31 décembre et de la somme, multipliée par dix, de toutes les rentes selon le compte d'exploitation.

273 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2000

(Art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 2000, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1996** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **1,7 %.**

Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.

Le 1er janvier 2000, **aucune** adaptation n'aura lieu.

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

274 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP

Les rentes de vieillesse minimales de l'AVS ne subiront aucune augmentation pour l'an 2000. Sur cette base, il n'y aura pas lieu de modifier les montants-limites de la prévoyance professionnelle. En ce qui concerne ces montants, nous renvoyons au bulletin no. 43, ch. 250.

275 L'OFAS sur Internet

Depuis le 1er décembre 1990, l'office fédéral des assurances sociales (OFAS) possède son propre site sur Internet, sous l'appellation : www.bsv.admin.ch. Les médias, les assurés et autres intéressés disposent ainsi d'une vaste source d'informations dans le domaine de la sécurité sociale.

Vu que le bulletin constitue un moyen important d'information de l'office, il sera également disponible sur Internet, dans la rubrique Service, sous **publications** de la "homepage".

276 Possibilités d'atteindre l'institution supplétive LPP

L'institution supplétive LPP a demandé à l'OFAS de rendre publique son adresse. Nous y donnons suite ci-après, en particulier s'agissant de la nouvelle adresse concernant l'administration des avoirs de libre passage.

Stiftung Auffangeinrichtung BVG
Fondation institution supplétive LPP
Fondazione istituto collettore LPP

Agence régionale/territoire	*Adresse/Téléphone*
Agence régionale de la Suisse romande GE, JU, NE, VD BE (circonscriptions de Courtelary, Moutier, Neuveville) FR (sans les districts du Lac et de la Singine) VS (sans le Haut Valais)	Avenue de Montchoisi 35 case postale 675 1001 Lausanne 021 614 75 00
Agenzia regionale della Svizzera italiana TI GR (Districts de Bergell, Misox, Puschlav)	Via Ferruccio Pelli 1 6901 Lugano 091 910 47 67
Zweigstelle Winterthur AG, AI, AR, BL, BS, SG, SH, SO, TG GR (sans districts de Bergell, Misox, Puschlav) ZH (districts de Andelfingen und Winterthur)	Paulstrasse 9 Postfach 300 8401 Winterthur 052 261 50 13
Zweigstelle Zürich GL, LU, NW, OW, SZ, UR, ZG BE (sans circonscriptions de Courtelary, Moutier, Neuveville) FR (districts du Lac et de la Singine) VS (Haut Valais) ZH (sans districts de Andelfingen und Winterthur)	Limmatquai 94, 8001 Zürich Postfach 859, 8025 Zürich 01 267 73 73
Administration comptes de libre passage *(selon l'art. 4 al. 2 LFLP)*	Postfach 4338 8022 Zürich 01 284 55 15
Siège	Postfach 4338 8022 Zürich 01 284 44 36

Prise de position de l'OFAS

277 Invalidité - délai d'attente

La LPP (art. 26 al. 1) prévoit que la naissance du droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle est la même que celle retenue dans l'AI (art. 29 LAI), à savoir au bout d'une incapacité de travail de 40 pour-cent au moins qui a duré une année. L'al. 2 de cette disposition permet cependant aux institutions de prévoyance de différer le droit aux prestations aussi longtemps que l'assuré perçoit un salaire entier. A noter que par salaire entier, on peut également inclure les indemnités journalières de l'assurance-maladie qui atteignent au moins 80% du salaire dont l'assuré est privé et qui ont été financées pour la moitié par l'employeur (art. 27 OPP2).

Cela dit, certains règlements de prévoyance fixent le début du droit à prestation après un délai d'attente de 48 mois, sans autre précision. Il sied de rappeler que ce délai d'attente est en soi non conforme à la LPP et qu'il peut porter à confusion dans l'esprit de l'assuré. L'OFAS doit souvent intervenir pour clarifier les demandes d'assurés qui ne comprennent pas le pourquoi d'une telle réglementation. De plus, il arrive que les employeurs licencient des salariés malades après le délai de l'art. 336c al. 1 let. b CO mais avant l'expiration du délai d'attente de 48 mois.

Il convient de rappeler que, dans tous les cas, l'art. 26 al. 1 LPP constitue une forme de prévoyance minimale obligatoire et que les institutions ne peuvent sans autre appliquer un délai plus long. Il convient également de rappeler que les règlements de prévoyance doivent être précis sur ce point et ne doivent pas induire les assurés en erreur.

278 Obligation de renseigner les autorités de poursuite

Les institutions de prévoyance sont parfois sollicitées par les offices de poursuites afin de leur communiquer certains renseignements concernant un assuré déterminé et leur ayants droit, voire même un groupe d'assurés. En principe, en vertu de la LPP, les organes d'application de la prévoyance professionnelle,-donc également les institutions de prévoyance-, sont tenues de garder le secret. Les exceptions sont réglées dans une ordonnance du Conseil fédéral[1]. Or, les autorités de poursuites n'y figurent pas. C'est la raison pour laquelle lorsqu'il s'agit d'obtenir des informations en relation avec la prévoyance professionnelle dans l'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), ces dernières sont le plus souvent confrontées à une fin de non recevoir des institutions de prévoyance. Cette pratique restrictive mérite néanmoins quelques correctifs.

[1] Cf. ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP), du 7 décembre 1987; RO 1988 97.

Dans le 1er pilier AVS/AI, la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir plus précisément l'arrêt du 24 mars 1998, publié dans la Semaine judiciaire 1998, no 38, p. 682 ss), a assoupli la pratique des caisses de compensation quant à l'obligation de garder le secret. Le TF relève notamment que les prestations de l'assurance sociale ne sont pas des mesures d'aide sociale et n'ont donc pas besoin d'être protégées par un secret absolu. D'autre part, on ne peut pas opposer le secret professionnel à une demande de renseignements lorsque le débiteur est lui-même tenu de renseigner l'office des poursuites. A la suite de ces considérations, l'AVS a élargi dans sa législation la levée du secret en faveur des autorités de poursuites dans le cadre de la saisie lorsqu'il y a lieu d'appliquer l'article 91, chiffres 4 et 5 LP.

En raison de la complémentarité des deux piliers, nous sommes d'avis qu'une institution de prévoyance doit aussi fournir des informations sur certains points aux autorités de poursuites. Il en va ainsi par exemple lorsqu'il est indispensable de déterminer le plus précisément possible la situation financière du débiteur, que ce soit dans le cadre d'une saisie ou d'une faillite, comme c'est le cas lors de l'établissement de l'inventaire des biens, conformément à l'article 163 LP. Le TF, dans l'arrêt précité, va d'ailleurs dans le même sens dans ses conclusions en englobant dans la levée du secret à l'égard des autorités de poursuites l'ensemble des institutions du droit des assurances sociales. Il va de soi que cette obligation de renseigner n'est pas illimitée, mais qu'elle se borne aux informations strictement nécessaires et il faut en outre qu'elle repose sur une base juridique explicite, comme l'exige la loi fédérale sur la protection des données (LPD). Tel est notamment le cas dans les situations exposées ci-devant. Dans la plupart des cas, les renseignements demandés aux institutions de prévoyance sont d'ordre pécuniaire et visent à protéger tant la situation du débiteur que celle de la masse des créanciers sans qu'il ne soit par conséquent porté atteinte à l'intérêt digne d'être protégé tel qu'il ressort de la LPD ou de l' OSRPP.

Prise de position du groupe de travail "Surveillance Confédération et cantons"

279 Surveillance dans la prévoyance professionnelle - Confédération et cantons

En 1997, le groupe "Surveillance dans la prévoyance professionnelle - Confédération et cantons" a vu le jour en tant que groupe de travail commun de la Conférence des autorités cantonales de surveillance et de la division Prévoyance professionnelle de l'OFAS. Ce groupe poursuit les objectifs suivants: (1) intensifier les échanges de vue entre les autorités cantonales de surveillance LPP et les fondations; (2) échanger des informations sur l'évolution de la pratique concernant la surveillance; (3) uniformiser la pratique concernant la surveillance; (4) intégrer dans la formation du droit des demandes des autorités de surveillance et (5) promouvoir les compétences en la matière des organes de surveillance.

Les personnes suivantes de la Conférence sont membres de ce groupe de travail: M. C. Schubiger, Office de la prévoyance professionnelle du canton d'Argovie et président de ladite conférence; M. B. Lang, Office de la prévoyance professionnelle du canton de Zurich; M. Ch. A. Egger, Autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance professionnelle, Fribourg; Mme Chr. Ruggli, Département de justice du canton de Bâle-Ville. A la mi-1999, Mme C. Aulas, Autorité de surveillance du canton de Genève et M. B. Kramer, Autorité de surveillance du canton de St.-Gall ont été nommés dans ce groupe de travail, en remplacement de M. Rudolf Keller, Chancellerie d'Etat du canton d'Appenzell Rh.-Int. et de M. D. Bassetti, Autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance professionnelle, Bellinzone.

L'OFAS est représenté par M. D. Stufetti, chef de la division Prévoyance professionnelle, M. R. Gadola, chef de la section Surveillance ainsi que par M. Jean-Pierre Landry, chef de la section Economie et révisions.

Les représentants de la Conférence et ceux de l'OFAS assumeront en alternance la présidence du groupe de travail. M. C. Schubiger occupe le premier cette charge. Différents thèmes concernant la surveillance des institutions collectives et des institutions communes ont été traités sous sa direction. L'article intitulé "Prévoyance professionnelle, gestion paritaire de l'institution de prévoyance" a pu être publié en 1998 déjà (voir *Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht*, 1998, p. 319 (d) et p. 324 (f) et la revue "Prévoyance professionnelle suisse" 7/98, p.493 et suivantes). L'article portant le titre "Utilisation des avoirs libres des institutions de prévoyance pour le financement des cotisations" (voir chiffre marginal 273) a déjà paru sous le chiffre marginal 236 dans le bulletin n° 41 du 1er juillet 1998. Pour présenter le problème dans son intégralité, cet article est à nouveau publié dans le présent bulletin.

Le secrétariat du groupe de travail a été assuré par l'OFAS. Les questions relatives à la surveillance dans la prévoyance professionnelle peuvent être posées à ce groupe de travail, à l'adresse suivante :

Groupe de travail Surveillance dans la prévoyance professionnelle
c/o Office fédéral des assurances sociales
Division prévoyance professionnelle
Effingerstrasse 33
3003 Berne
Téléphone: 031/324 06 11
Fax: 031/324 06 83.

280 Prévoyance professionnelle - Gestion paritaire de l'institution de prévoyance

1. Situation initiale

Conformément à l'article 51 LPP, c'est l'organe paritaire de l'institution de prévoyance qui est appelé à établir les dispositions réglementaires ou à statuer sur le financement de l'institution et sur l'administration de sa fortune. La loi elle-même règle quelques questions d'exécution peu nombreuses (article 51 LPP); la réalisation de la parité n'est cependant pas réglementée de manière plus précise au niveau de

l'ordonnance. L'article 49a OPP 2 ne fournit pas davantage de clarté sur les tâches de l'organe paritaire au niveau de l'ordonnance.

2. Pouvoir d'appréciation de la fondation lors de la mise en oeuvre de la parité

La question se pose de savoir comment l'autorité de surveillance réagit face aux problèmes d'exécution qui ne sont pas réglés par la loi.

- Quelle est l'étendue du pouvoir d'appréciation des institutions de prévoyance? Où sont les limites de l'autonomie des institutions de prévoyance? Quand l'autorité de surveillance doit-elle intervenir?

- L'autorité de surveillance doit-elle veiller à ce que certaines questions d'exécution soient réglées dans les statuts?

Dans sa pratique antérieure, l'OFAS exigeait des institutions de prévoyance qu'elles réglementent de manière circonstanciée la mise en oeuvre de la parité dans les statuts. Cette pratique a été modifiée ces derniers temps dans le sens que l'Office n'intervient dans le cadre du contrôle abstrait des normes que dans les cas de violations claires de la loi. Par contre, l'OFAS intervient de manière accrue lorsqu'il constate, dans un cas d'application concret, qu'une fondation ne respecte pas le sens et l'esprit de la parité.

3. Questions matérielles relatives à la parité

3.1 La parité en tant que prescription minimale en faveur du salarié?

L'article 51 LPP pose le principe que salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans les organes de l'institution de prévoyance.

- Cette prescription est-elle de droit impératif, ou l'employeur peut-il renoncer, en faveur du salarié, au droit de désigner le même nombre de représentants dans l'organe paritaire?

- Une telle renonciation doit-elle être contenue dans les statuts ou dans le règlement, ou est-il impératif que l'employeur puisse en tout temps révoquer sa renonciation (indépendamment de modifications des statuts ou du règlement)?

Dans le cadre d'une pratique constante, l'OFAS a conçu l'article 51 LPP comme une prescription minimale en faveur de la représentation des salariés. L'Office autorise des réglementations correspondantes dans les statuts ou dans le règlement.

3.2 Dispositions concernant le quorum

La parité n'a de sens, par principe, que si l'organe paritaire prend ses décisions dans le cadre d'une composition paritaire.

- L'institution de prévoyance doit-elle par conséquent édicter des dispositions relatives au quorum?

- Faut-il impérativement la présence d'un nombre à tout le moins identique de représentants des salariés et de l'employeur pour qu'une décision soit prise valablement (quorum concernant la présence)?

- Faut-il impérativement qu'un nombre à tout le moins identique de représentants des salariés et de l'employeur approuve une décision pour que celle-ci soit prise valablement (quorum concernant l'approbation)?

- De quelle manière les abstentions de vote doivent-elles être qualifiées?

L'OFAS, dans sa pratique antérieure, exigeait que les institutions de prévoyance édictent des dispositions sur le quorum. Aujourd'hui cependant, l'Office part du principe que c'est à l'institution de prévoyance d'apprécier si elle veut prévoir des normes correspondantes. L'OFAS intervient, dans le cadre du droit de surveillance, lorsqu'il constate que des salariés sont empêchés de prendre part aux séances ou que l'employeur influe sur la formation de leur volonté (menaces de licenciement).

3.3 Procédure en cas d'égalité de voix

Conformément à l'article 51, alinéa 2, lettre d, LPP, l'institution de prévoyance doit régler la procédure à suivre en cas d'égalité des voix.

- De quelles libertés dispose-t-elle à cet égard?

- L'institution de prévoyance doit-elle prévoir impérativement qu'en cas de ballotage, la voix prépondérante susceptible alors d'emporter la décision appartienne, en alternance, aux représentants de l'employeur et à ceux des salariés?

L'OFAS examine les réglementations concernant l'égalité des voix des institutions de prévoyance et intervient uniquement lorsque la voix prépondérante est toujours accordée aux représentants de l'employeur.

3.4 Parité dans les cas d'institutions collectives

Dans le cas d'institutions collectives, la parité est réalisée, en règle générale, au niveau des caisses de prévoyance. A cet égard, il y a lieu de tenir compte des règles générales de la délégation de compétences. En outre, cf. chiffre 4.

3.5 Retraités

L'article 51 LPP traite en son 1er alinéa de représentants des salariés et des employeurs; les alinéas 2 et 3 parlent d'assurés. Les retraités ne font certes plus partie des salariés, mais continuent à être assurés auprès de l'institution de prévoyance (assurés passifs). Vu que l'adaptation au renchérissement dépend des résultats des placements, ils ont un intérêt à être représentés au sein de l'organe paritaire.

- Les institutions de prévoyance peuvent-elles édicter des prescriptions selon lesquelles les retraités ont droit à une représentation dans l'organe paritaire?

- Comment une telle réglementation peut-elle se présenter? Les retraités sont-ils une "catégorie" à part ou faut-il les assimiler aux salariés?

- Les retraités peuvent-ils également prétendre à une représentation au sein de l'organe paritaire lorsqu'aucune prescription réglementaire correspondante ne le prévoit?

Conformément à la pratique de l'OFAS, les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans les statuts que les retraités sont également représentés dans l'organe paritaire. Elles peuvent prévoir pour les retraités le droit de vote tant actif que passif: les retraités n'ont cependant pas de prétention légale à une représentation au sein de l'organe paritaire; de même, ils n'ont, de par la loi, pas de droit de vote actif. L'institution de prévoyance doit régler elle-même de quelle manière sera aménagée une éventuelle représentation des retraités dans le cas concret (statuts ou règlement). L'OFAS peut néanmoins concevoir des cas individuels dans lesquels il y a lieu d'accorder aux retraités une représentation dans l'organe paritaire, ainsi, par exemple dans le cas d'institutions de prévoyance comptant un grand nombre de retraités, mais encore peu d'assurés actifs.

Le Conseil fédéral envisage de régler la question de la représentation des retraités au sein de l'organe paritaire dans le cadre de la 1re révision de la LPP.

3.6 Qui est salarié, qui est employeur au sens de l'article 51 LPP?

Les notions de "salarié" respectivement d'"employeur" dans l'article 51 LPP nécessitent une interprétation. Il est établi que le terme "salarié" ne doit être compris ni au sens de l'article 319 ss. CO, ni au sens de l'article 2, 1er alinéa, LPP.

- Sur quels critères y a-t-il lieu de fonder la distinction entre "employeur" et "salarié"? Le critère de distinction développé dans le droit de la responsabilité civile entre organe (article 55, alinéa 2, CC) et auxiliaire (article 55 CO) est-il judicieux ?

- De quelle manière les personnes de condition indépendante doivent-elles être traitées dans les institutions de prévoyance d'associations?

L'OFAS est d'avis que le critère de distinction organe / auxiliaire est judicieux. L'Office n'a encore pas été appelé à ce jour à s'exprimer en ce qui concerne les personnes de condition indépendante, mais il tend à les compter parmi les employeurs.

3.7 Les employeurs et les salariés peuvent-ils se faire représenter par des personnes externes ?

Depuis l'introduction de la parité, se pose également la question de savoir si les employeurs et les salariés peuvent se faire représenter par des personnes externes. La représentation par des syndicats et par des associations patronales revêt un intérêt particulier.

- Est-il admissible que les salariés respectivement les employeurs se fassent représenter par des personnes externes?

Selon l'OFAS, les salariés et les employeurs peuvent se faire représenter par des personnes externes si les statuts ou le règlement le prévoient. Au cas où les employeurs peuvent se faire représenter par des personnes externes, ce droit doit également être accordé impérativement aux salariés. Les salariés et les employeurs doivent cependant avoir en tout temps le droit de renoncer à la représentation externe et de faire valoir eux-mêmes leurs droits.

4. Solution proposée pour la parité dans le cas d'institutions collectives

Dans le cas des fondations collectives, c'est en règle générale le conseil de fondation qui constitue l'organe suprême de la fondation. En qualité de comité permanent, il remplit les tâches de direction, car il est pratiquement impossible, pour des raisons pratiques, de laisser celles-ci - telles que, par exemple, le placement de la fortune de la fondation - en main des caisses de prévoyance, respectivement des commissions paritaires de prévoyance. Cette structure d'organisation ne présente en soi aucun problème lorsque le conseil de fondation - comme c'est le cas non seulement pour les fondations d'entreprises, mais également pour celles de nature collective - est un organe composé paritairement (il existe effectivement des fondations collectives isolées qui disposent d'un conseil de fondation paritaire).

En revanche, dans la pratique, la parité est d'abord réalisée la plupart du temps au niveau des caisses de prévoyance prises individuellement. Afin de rester, d'une part, à l'unisson avec l'article 51 LPP et, d'autre part, d'aménager de manière praticable la direction des institutions collectives, il n'est pas possible d'éviter de déléguer au conseil de fondation non paritaire les tâches qui, de par la loi, reviennent à la commission paritaire de prévoyance.

La nature et l'étendue de ces fonctions susceptibles d'être déléguées dépendent de leur portée. Ainsi, toutes les compétences peuvent être déléguées **au niveau de la fondation**, c'est-à-dire, en règle générale, au conseil de fondation, lorsqu'elles ont des répercussions sur **la fondation dans son ensemble**: par exemple, promulgation de règlements, administration de la fortune, organisation de la gestion, élection de

l'organe de contrôle, etc. Les commissions de prévoyance ont, en majorité, un droit permanent de révoquer les compétences déléguées et, de son côté, la fondation peut en pareil cas, se réserver le droit de résilier le contrat d'affiliation dans un délai déterminé (par exemple, six mois).

En déléguant ses compétences, la **commission de prévoyance** peut dès lors se concentrer sur les tâches touchant la caisse **de prévoyance** en question, telles que, par exemple, l'utilisation des moyens libres, la fixation du taux d'intérêt, faire des propositions à l'intention du conseil de fondation lors de demandes concrètes, surveiller le flux des affaires avec la fondation, l'information des destinataires, etc. Cette solution est d'ailleurs dans l'intérêt des caisses de prévoyance. En effet, participer aux affaires complexes de la fondation de prévoyance suscite souvent parmi les assurés, pour les raisons les plus diverses, un intérêt plutôt modeste. On doit donc partir du principe que la délégation des tâches de direction à la fondation, c'est-à-dire de la commission de prévoyance au conseil de fondation, représente un allégement pour les caisses de prévoyance. Il est même concevable que des tâches spécifiques aux caisses de prévoyance soient déléguées au conseil de fondation.

Pour les institutions collectives, il résulte, d'une part, l'obligation de désigner dans les statuts, dans le contrat d'adhésion ou dans le règlement les fonctions déléguées au conseil de fondation. D'autre part, il y a également lieu de garantir (par exemple, par une information régulière des employeurs rattachés) que la parité soit appliquée au niveau inférieur et que les commissions de prévoyance peuvent ainsi exercer les compétences qui leur restent.

281 Affiliation d'associations à des institutions collectives ou communes

La conception classique des institutions de prévoyance du personnel dans la LPP associe habituellement:
- d'un côté la fondation (fondation propre d'entreprise ou d'association ou encore institution collective ou commune) et
- de l'autre côté l'employeur et son personnel, qui, pour remplir son obligation d'assurer ses salariés (art. 11 LPP), conclut avec une fondation un contrat d'affiliation ou crée lui-même une fondation.

L'article 4 LPP prévoit que les indépendants peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la LPP, afin de pouvoir bénéficier des mêmes possibilités d'assurance que leurs salariés. Dans ce cas, les dispositions sur l'assurance obligatoire s'appliquent par analogie à l'assurance facultative. Selon l'article 44 LPP, les indépendants peuvent se faire assurer auprès de l'institution de prévoyance de leur profession ou auprès de celle de leurs salariés. S'ils ne disposent d'aucune de ces possibilités, les indépendants sont autorisés à s'affilier auprès de l'institution supplétive.

Le sens et la finalité de l'article 44 LPP est de permettre aux associations professionnelles de créer une institution de prévoyance répondant à leurs besoins particuliers. Ces dernières peuvent ainsi prendre en compte idéalement les besoins de leurs catégories professionnelles, lors de la création d'une fondation. Elles

conformeront donc leur organisation au but même de la fondation. En rédigeant l'article 44, le législateur avait en vue, comme groupes-cibles, ces associations professionnelles.

Seule une association professionnelle est habilitée à fonder une institution de prévoyance selon l'article 44 LPP. Conformément aux circulaires des autorités fiscales fédérales et à la pratique de l'Office fédéral des assurances sociales, elle est tenue de répondre aux critères suivants: défendre particulièrement les intérêts professionnels (politiques ou économiques) de ses membres, apporter son soutien aux organismes communs pour atteindre les buts de l'association (groupements d'achat ou de vente, journal associatif), encourager la promotion professionnelle au moyen d'institutions de formation (centres de formation, perfectionnement professionnel) et, en règle générale, assumer les institutions d'assurances sociales (caisses AVS, caisses de compensation pour allocations familiales) ou y collaborer.
Une association professionnelle de ce type peut également s'affilier à une institution commune d'associations professionnelles poursuivant les mêmes buts ou avec lesquelles elles est liée. Il s'ensuit qu'il ne lui est pas possible de s'affilier à une institution collective auprès de laquelle sont affiliés des employeurs sans lien économique entre eux.

Ces derniers temps, l'OFAS a dû traiter plusieurs cas similaires, à savoir des personnes indépendantes - ou exerçant une activité à titre accessoire - qui s'unissent en association professionnelle pour créer leur propre fondation ou gérer collectivement leur prévoyance professionnelle par le biais d'un contrat d'affiliation à une fondation collective. Comme la raison principale de la création de telles associations est uniquement de pratiquer la prévoyance professionnelle, l'OFAS a dissout les fondations en question ou déclaré illicites les contrats d'affiliation - également non prévus par la loi - à des fondations collectives.

282 Utilisation des avoirs libres des institutions de prévoyance pour la réduction des cotisations

Les fonds libres sont à utiliser en premier lieu pour garantir les prestations légales et réglementaires et pour financer les mesures en faveur de la génération d'entrée et la compensation du renchérissement.

Cette finalité présuppose qu'il existe suffisamment de réserves de fluctuation par rapport aux risques courus, et assez de réserves techniques et légales pour la compensation du renchérissement sur les rentes de survivants et d'invalidité en cours. En outre, il convient de veiller à ce que la génération d'entrée, notamment les assurés à revenus modestes, bénéficient d'un traitement préférentiel et disposent de fonds suffisants pour la compensation du renchérissement sur les rentes de vieillesse. L'expert doit confirmer que ces conditions sont remplies, car elles empêchent que les invalides et les autres bénéficiaires de prestations, qui ne sont plus tenus de payer des cotisations, ne soient lésés.

Si les institutions de prévoyance remplissent ces conditions, elles peuvent adopter dans les limites de cette loi, conformément à l'article 49, 1er alinéa, LPP , le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent.

L'article 65, 1er alinéa, LPP dispose que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Pour la partie obligatoire, elles doivent, selon le 2e alinéa dudit article, régler leur système de cotisations et leur financement de manière à pouvoir fournir les prestations prévues par cette loi.

Il n'est pas permis d'alléger unilatéralement la charge des employeurs par le biais des fonds libres. Selon l'article 66, 1er alinéa, LPP, la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. Cette disposition s'applique uniquement aux prestations minimales selon la LPP (cf. l'art. 49, 2e al., LPP). La LPP ne précise pas comment les employeurs doivent remplir leur obligation de cotiser en vertu de l'article 66, 1er alinéa, LPP. Avant l'entrée en vigueur de la LPP, ils avaient la possibilité de remplir cette obligation selon l'article 331, 3e alinéa (ancien), CO en recourant aux fonds libres de la fondation. Dès le 1er janvier 1985, le législateur a mis fin à cette pratique qui conduisait à un allégement unilatéral de la charge des employeurs.

L'article 331, 3e alinéa, CO vise les employeurs et non les institutions de prévoyance. Il n'interdit pas aux institutions de prévoir l'utilisation d'excédents pour financer des prestations. Il prescrit simplement la manière dont les employeurs doivent remplir l'obligation qui leur incombe en vertu du règlement en matière de cotisations qui doivent être au moins paritaires . En revanche, il est possible d'appliquer des taux de cotisation réglementaires plus bas aux employeurs et aux salariés par le biais de systèmes de financement en utilisant les excédents selon un plan établi. On ne saurait donc critiquer une disposition réglementaire édictée par l'organe paritaire prévoyant d'intégrer les fonds libres dans le système de financement d'une institution de prévoyance. Ce qui est déterminant, c'est que ce système offre à tout moment la garantie que l'institution de prévoyance pourra fournir ses prestations.

Si ces conditions sont remplies, l'intégration régulière des fonds libres dans le système de financement de l'institution ne peut pas être qualifiée de mesure permettant de contourner l'interdiction de paiement en espèces. Les fonds libres font partie du système de financement en tant que troisième source de cotisation et ne quittent donc pas l'institution de prévoyance.

L'utilisation régulière des fonds libres comme troisième source de cotisation ne dispense pas l'employeur de l'obligation de payer ses cotisations réglementaires par le biais de fonds propres ou de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance en faveur du personnel, qu'il aura préalablement constituées à cet effet et qui sont comptabilisées séparément. Seule conséquence: le montant des cotisations paritaires est moins important du fait que l'on recourt à cette troisième source de financement. Comme les fonds libres ont été réalisés, au cours de l'évolution de l'institution de prévoyance, grâce aux cotisations des salariés et des employeurs, rien ne s'oppose à ce que les deux parties profitent d'un meilleur degré de financement de leur institution de prévoyance, pour autant que les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

La conformité au plan d'assurance au sens exposé ci-dessus ne comprend pas nécessairement la pérennité de ce mode de financement; elle peut être conçue comme une solution limitée dans le temps sur la base d'un réglement établi selon

des critères objectifs. La planification du financement ne saurait toutefois en aucun cas avoir pour but d'épuiser les réserves de fonds libres. L'affectation conforme de ces fonds à leur but premier, ainsi que nous l'avons exposé au début, doit être prioritaire dans tous les cas.

Il convient de relever enfin que l'article 331, 3e alinéa, CO, qui dispose que l'employeur financera sa contribution par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance lesquelles doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément, ne s'applique pas aux employeurs du secteur du droit public.

283 Contrats d'affiliation avec une institution collective

La pratique a démontré que les contrats d'affiliation conclus entre une institution collective et un employeur (une société) doivent régler les points énumurés ci-après, lesquels peuvent, si besoin, tenir compte des particularités de chaque cas:

1. Pour les institutions LPP: preuve établissant que l'institution de prévoyance à laquelle s'affilie l'employeur est inscrite au registre de la prévoyance professionnelle (numéro d'enregistrement);

2. Acceptation explicite des statuts et du règlement par l'employeur qui s'affilie;

3. En cas de reprise des effectifs d'une autre institution de prévoyance : référence à un contrat de reprise séparé;

4. Obligation faite à l'employeur affilié de déclarer à l'institution collective tous les collaborateurs que la loi et les règlements demandent d'assurer, ainsi que leurs salaires réels, et d'obtenir chaque année une confirmation de ces données de la part de l'organe de contrôle de l'employeur (art. 11 LPP, art. 10 OPP 2);

5. Obligation faite à l'employeur affilié de verser dûment les contributions réglementaires (fixation précise des dates, par exemple en ce qui concerne le versement d'acomptes mensuels ou semestriels). Obligation faite à l'institution collective de fournir les prestations correspondantes en faveur des salariés de l'employeur affilié;

6. Réglementation précise, assurant que tous les aspects de la parité sont respectés.
   Si la parité n'est pas instituée au niveau de l'organe supérieur de la fondation, mais seulement dans les commissions de prévoyance, la compétence en matière de placements conformément à l'art. 49a OPP 2 (art. 51, al. 1 et 2; art. 71, al. 1, LPP) ne peut pas leur être retirée, par exemple;

7. Indication du fait que l'institution collective conclut des contrats d'assurance collective pour couvrir les risques assurés et qu'elle n'assume elle-même aucun risque d'assurance;

8. Garantie de la tenue détaillée des comptes de la fondation, resp. garantie de son financement – y compris l'imputation des frais administratifs –, des prestations et de la gestion de la fortune, ceci afin d'assurer à chaque caisse de prévoyance (collectif d'assurés) une couverture en cas d'insolvabilité (art. 25 de l'ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" [OFG]);

9. Réglementation des conditions de résiliation et du maintien de l'affectation des avoirs de prévoyance conformément à leur but (délai de résiliation du contrat d'affiliation d'au moins six mois, transfert des avoirs de prévoyance et d'un éventuel fonds de réserve à une nouvelle institution de prévoyance);

10. Devoir d'information de l'institution collective à l'égard de l'organe de révision (organe de contrôle) et de l'autorité de surveillance lors de l'affiliation d'un employeur et lors de la résiliation du contrat d'affiliation d'un employeur. En ce qui concerne les institutions collectives auprès desquelles tous les employeurs peuvent s'affilier, une répartition claire du travail entre organe de révison (organe de contrôle) et autorité de surveillance est de toute façon conseillée;

11. Fixation de la date de l'entrée en vigueur de l'affiliation et signature en bonne et due forme;

12. En cas de détermination du for: l'art. 73 LPP établit où se situe le for.

284 Contrats d'affiliation avec une institution de prévoyance du personnel pour employeurs étroitement liés sur le plan économique ou financier

La pratique a démontré que les contrats d'affiliation conclus entre une institution de prévoyance du personnel et un employeur (une société) doivent régler les points énumurés ci -après, lesquels peuvent, si besoin, tenir compte des particularités de chaque cas:

1. Pour les institutions LPP : preuve établissant que l'institution de prévoyance à laquelle s'affilie l'employeur est inscrite au registre de la prévoyance professionnelle (numéro d'enregistrement);

2. Preuve que l'employeur qui s'affilie est une entreprise étroitement liée à la maison mère sur le plan économique ou financier;

3. Acceptation explicite des statuts et du règlement par l'employeur qui s'affilie;

4. En cas de reprise des effectifs d'une autre institution de prévoyance : référence à un contrat de reprise séparé;

5. Obligation faite à l'employeur affilié de déclarer à l'institution de prévoyance tous les collaborateurs que la loi et les réglements demandent d'assurer, ainsi que leurs salaires réels, et d'obtenir chaque année une confirmation de ces données de la part de l'organe de contrôle de l'employeur (art. 11 LPP, art. 10 OPP 2);

6. Obligation faite à l'employeur affilié de verser dûment les contributions réglementaires (fixation précise des dates, par exemple en ce qui concerne le versement d'acomptes mensuels ou semestriels). Obligation faite à l'institution de prévoyance de fournir les prestations correspondantes en faveur des salariés de l'employeur affilié[2];

7. Réglementation précise, assurant le respect de la parité (conformément à l'art. 51 LPP), ou le droit de participer à l'administration de l'organe de fondation appartenant, de par la loi, aux salariés de l'employeur affilié (conformément à l'art. 89bis, al. 3, CC);

8. Réglementation précise et appropriée concernant le respect des prescriptions relatives aux placements auprès de l'employeur qui s'appliquent à tout employeur affilié[3] (réglementation LPP en vigueur depuis le 1er janvier 1997, applicable à toutes les fondations de prévoyance du personnel selon l'art. 89bis, al. 6, CC);

9. Réglementation transparente concernant l'imputation des frais administratifs;

10. Réglementation des conditions de résiliation et du maintien de l'affectation des avoirs de prévoyance conformément à leur but (délai de résiliation du contrat d'affiliation d'au moins six mois, transfert des avoirs de prévoyance et d'un éventuel fonds de réserve à une nouvelle institution de prévoyance);

11. Données éventuelles relatives à un rachat actuariel;

12. Indication nécessaire de ce qui constitue une liquidation partielle ou totale, et renvoi exprès à l'art. 23 LFLP (avec indication du fait que la résiliation du contrat d'affiliation équivaut à une liquidation partielle);
    Il faut fournir des indications concernant les éventuels découverts actuariels et le droit aux fonds libres;

13. Devoir d'information de l'institution de prévoyance du personnel à l'égard de l'organe de révision (organe de contrôle) et de l'autorité de surveillance lors de l'affiliation et de la résiliation du contrat d'affiliation d'un employeur;

14. Fixation de la date de l'entrée en vigueur de l'affiliation et signature en bonne et due forme;

---

[2] Pour ce qui est de la couverture en cas d'insolvabilité, voir note 2.

[3] Indications complémentaires concernant les prescriptions relatives aux placements auprès de l'employeur, s'appliquant à tout employeur affilié:
- Une réglementation appropriée doit garantir que la perte subie en raison des placements effectués par l'institution de prévoyance auprès d'un employeur ne cause pas de préjudice à un autre employeur et à ses assurés.
- La couverture en cas d'insolvabilité du fonds de garantie ne peut être mise à contribution qu'en cas d'insolvabilité de l'institution de prévoyance et non pas de l'affilié à titre individuel.
- Des placements sans garantie auprès d'un employeur ne peuvent être autorisés que s'il s'agit des réserves de cotisations de cet employeur ou des fonds libres correspondant au contrat d'affiliation de ce même employeur.
-Il faut réaliser à cet effet un contrôle interne pour chaque employeur affilié.
-La meilleure recommandation à faire serait la suivante : renoncer à tout placement sans garantie auprès d'un employeur!

15.En cas de détermination du for : l'art. 73 LPP établit où se situe le for.

285 Dissolution des contrats d'adhésion: compensation des primes impayées avec des prestations et dissolution rétroactive des contrats d'adhésion

1. Situation initiale

Il arrive fréquemment que des assurés se plaignent auprès de l'OFAS de ne recevoir qu'une prestation de libre passage "réduite". Ils s'indignent spécialement de ce que leur institution de prévoyance a compensé des primes impayées avec leur prestation de libre passage.

2. Contenu des contrats d'assurance entre une institution de prévoyance et une compagnie d'assurance

De nombreuses institutions de prévoyance concluent avec une compagnie d'assurance un contrat d'assurance qui couvre les risques décès et d'invalidité. Il arrive fréquemment que la couverture du risque de la longévité soit assuré contractuellement auprès d'une compagnie d'assurance.

Le contrat d'assurance entre une institution de prévoyance et une assurance est, en principe, un contrat soumis aux dispositions de la LCA et accessoirement au code des obligations. La seule application de ces dispositions présente néanmoins des résultats en partie fâcheux. Ainsi, il ne saurait être question que l'institution de prévoyance ne puisse plus verser ses prestations LPP par manque de liquidités parce que la compagnie d'assurance ne lui verse, quant à elle, que de prestations réduites de la part impayée de la prime en s'appuyant sur l'objection de compensation. Il est gênant que les assurés d'une institution de prévoyance qui réassure les risques auprès d'une assurance soient dans une position moins favorable que ceux d'une institution de prévoyance qui couvre elle-même les risques.

Pour la pratique il en résultent les deux variantes d'application suivantes:

Variante d'application 1

Le contrat d'assurance ne doit pas être qualifié de pur contrat d'assurance au sens de la LCA. Il s'agit plutôt d'un contrat innommé sui generis (le cas échéant, d'un contrat mixte) qui, certes, renferme de très nombreux éléments du contrat d'assurance, mais auquel les dispositons impératives de la LPP et de la LFLP sont également applicables. C'est dans ce sens que va aussi l'article 68 LPP selon lequel l'autorité de surveillance examine, selon la loi sur la surveillance des assurances, si les tarifs applicables sont équitables du point de vue du régime obligatoire également. L'article 68 LPP doit sans doute être interprété dans le sens que l'autorité de surveillance, d'après la loi sur la surveillance des assurances, fait également entrer dans son examen les dispositions de la LFLP.

Au cas où les normes impératives de la LPP et de la LFLP sont aussi applicables au contrat d'assurance, l'institution de prévoyance doit veiller, lors de la conclusion du contrat, à ce que que le contenu du contrat d'assurance corresponde aux dispositions déterminantes. Dans ce sens, l'institution de prévoyance ne doit pas admettre que la compagnie d'assurance puisse invoquer des objections que l'institution de prévoyance ne peut pas également faire valoir envers l'assuré.

Il incombe au juge de statuer sur la question de savoir si d'éventuelles dispositions contractuelles en contradiction avec la LPP ou la LFLP sont nulles ou simplement annulables. L'autorité de surveillance doit veiller à ce que des contrats contraires à la loi soient modifiés.

Variante d'application 2

La relation contractuelle entre institution de prévoyance et assureur est soumise exclusivement à la LCA et aux dispositions générales du CO. L'institution de prévoyance est libre de déterminer le contenu du contrat. Au cas où elle perçoit de l'assurance, sur la base du contrat d'assurance, des prestations dont les montants se situent au-dessous de celles de la LPP, respectivement au-dessous de celles de libre passage, l'institution de prévoyance a l'obligation de subvenir elle-même à la différence. Pour être en mesure de remplir cette obligation, elle doit accumuler des réserves correspondantes (cf. à ce sujet Communication de l'OFAS no. 19, ch. 115). L'autorité de surveillance doit intervenir lorsque les réserves sont inexistantes ou ne le sont pas suffisamment.

3. Liquidation de caisses de prévoyance dont les primes sont impayées

Si un employeur ne verse pas les primes échues, ce sont les conséquences générales de la demeure qui entrent en jeu. L'institution de prévoyance ne peut pas compenser des prestations LPP échues - à l'exception de l'article 39, alinéa 2, LPP - avec des primes impayées. Ceci ressort d'une part de la LPP elle-même (cf. article 39, alinéa 2, LPP) et, d'autre part, des dispositions générales du CO selon lesquelles seules des créances réciproques peuvent être compensées (article 120 CO). L'exigence de la réciprocité fera toutefois régulièrement défaut.

Si l'employeur tombe en faillite, la caisse de prévoyance correspondante sera liquidée. Lors de la liquidation de la caisse de prévoyance, l'on met, en principe, les moyens effectivement existants face aux différentes prétentions, à l'instar d'une fondation d'entreprise. Si l'employeur n'a pas payé les primes, les moyens existants (sans les prestations du fonds de garantie) ne suffisent généralement pas à couvrir les prétentions légales et réglementaires ainsi que les expectatives sur les fonds libres.

Se pose alors la question de savoir quelles prétentions sont couvertes en premier lieu avec les moyens encore existants, respectivement de quelles prétentions peuvent être privés les assurés en raison de l'insolvabilité de la caisse de prévoyance. A cet égard, il y a lieu d'examiner en particulier les catégories de prétentions suivantes:

- prétentions légales et réglementaires de l'assuré qui sont garanties par le fonds de garantie (y compris les prétentions à des mesures spéciales);

- prétentions réglementaires des assurés qui ne sont pas couvertes par le fonds de garantie;

- expectatives des assurés sur les fonds libres.

4. Dissolution rétroactive des contrats d'adhésion pour cause de primes impayées

Déjà dans sa Communication no. 5 du 1er octobre 1987, l'OFAS s'est exprimé dans le sens qu'une dissolution rétroactive de contrats d'adhésion pour cause de primes impayées n'était pas admissible. Cette conception juridique a été confirmée par l'Office dans sa Communication du 13 novembre 1989. L'OFAS veut éviter qu'il soit créé, à postériori, pour la période dans laquelle l'employeur était rattaché à une institution de prévoyance, une situation extracontractuelle avec pour résultat que, dans un cas de prévoyance, les prestations correspondantes devraient être servies par l'institution supplétive. Une dissolution rétroactive n'est admissible que si la nouvelle institution de prévoyance reprend intégralement et sans interruption les droits et les obligations de l'ancienne institution de prévoyance à partir du moment de la dissolution du contrat d'adhésion en vigueur; en d'autres termes, il faut que les obligations de la nouvelle institution de prévoyance soient coordonnées avec celles de l'ancienne institution de prévoyance, dans le sens de la continuité de la prévoyance.

Jurisprudence

286 Liquidation partielle

(Référence au jugement de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 20.11.98 en la cause Fondation de bienfaisance en faveur du personnel de X c. Autorité de surveillance de Y., CRLPP 508/97; jugement rendu en français)

(Art. 23 LFLP)

Résumé des faits
La Fondation de bienfaisance en faveur du personnel de l'entreprise X (ci-après : la fondation) a pour but l'allocation de secours ou de contributions aux travailleurs eux-mêmes (en cas de vieillesse, maladie, accident, invalidité, service militaire ou chômage) ou aux membres de leur famille (par exemple en cas de maladie, d'accidents ou d'invalidité de ceux-ci ou de décès du travailleur). Elle ne recueille pas les primes dues en vertu de la LPP et n'est pas enregistrée conformément à l'art. 49 de ladite loi. Depuis l'entrée en vigueur de la LPP en 1985, la fondation est gelée et les membres n'y cotisent plus.

Entre 1991 et 1996, l'entreprise X a dû subir des mesures de restructuration, lesquelles ont notamment entraîné une baisse de l'effectif du personnel. Aussi, par décision du 10 juin 1997, l'autorité de surveillance compétente a-t-elle constaté qu'il convenait de procéder à une liquidation partielle. La fondation a formé opposition, faisant valoir en particulier qu'au vu de l'ensemble des éléments devant être pris en compte, soit la situation économique générale de la branche, l'évolution de l'effectif, l'origine des réserves et l'utilisation de ces dernières, il ne se justifiait pas d'opérer une liquidation partielle.

Par décision sur opposition du 11 août 1997, l'autorité de surveillance a rejeté l'opposition. La fondation a recouru contre cette décision; en résumé, elle conteste le fait qu'une réduction de 10 % de l'effectif du personnel constitue une réduction considérable au sens de la loi, réduction devant donner lieu à une liquidation partielle.

En droit
La Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité a d'abord constaté que la LFLP était applicable au cas d'espèce. Cette loi régit en effet toutes les institutions de prévoyance, enregistrées ou non, de droit public ou privé, de même que tous les rapports de prévoyance. Or, malgré le fait que la fondation est actuellement gelée, l'on se trouve bien en présence d'un rapport de prévoyance, les assurés ayant un droit direct sur leurs capitaux-épargne respectifs, qui sont crédités annuellement d'un intérêt.

La notion de réduction considérable de l'effectif au sens de l'art. 23 al. 4 let. a LFLP n'est pas clairement définie. De façon générale, il faut admettre qu'une réduction de 10 % est considérable, mais on ne peut pas appliquer ce principe de façon schématique. En effet, pour les entreprises comptant peu de personnel, le chiffre de 10 % est manifestement trop faible, puisqu'il faudrait procéder à une liquidation partielle chaque fois que quelques collaborateurs quittent l'entreprise. A l'inverse, il serait contraire au but de la loi d'attendre qu'une grande société multinationale licencie plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de collaborateurs avant d'opérer une liquidation partielle. La seule règle qui puisse être posée de manière claire dans ce contexte est que, d'une part, les assurés sortant ne doivent pas se trouver privés de fonds sur lesquels ils avaient à tout le moins des expectatives à faire valoir et que, d'autre part, les fonds à disposition doivent rester en proportion avec l'effectif du personnel.

Quoi qu'il en soit, l'art. 23 al. 4 LFLP énumère trois conditions, non cumulatives, dans lesquelles il y a lieu de procéder à une liquidation partielle. Or, en l'espèce, deux de ces conditions sont remplies :

a) Art. 23 al. 4 let. a LFLP : entre 1991 et 1996, l'effectif du personnel est tombé de 124 à 78 collaborateurs. La recourante ne le conteste pas, mais elle fait valoir que cette diminution s'est faite par le biais de départs à la retraite ou de départs naturels, à l'exception de 12 licenciements pour raisons économiques. Or, à son avis, seuls ces 12 cas devraient être pris en considération, ce qui ne justifie pas une liquidation partielle dès lors que l'effectif a de nouveau augmenté depuis 1996 et qu'il se situe maintenant à 97 personnes.

Selon la doctrine, la réduction du personnel pour raisons économiques est déterminante pour une liquidation partielle. "Pratiquement, c'est l'ensemble de la réduction du personnel entre les deux phases de stabilité et de décroissance qui doit être pris en considération en tant que réduction significative du personnel" (Armin Strub, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, Pratique Juridique Actuelle N° 12/194, p. 1526).

L'objection de la recourante selon laquelle l'augmentation du personnel qui est intervenue depuis 1996 ferait obstacle à une liquidation partielle n'est pas pertinente. En effet, la fortune doit suivre le personnel et non pas bénéficier, de façon aléatoire, des collaborateurs qui, en cas de reprise économique, seraient engagés bien après les mesures de licenciement (cf. notamment Riemer, Berner Kommentar, Die Stiftung, N 94 zu Art. 88/89). La jurisprudence a en outre précisé qu'en cas de changement dans l'entreprise fondatrice, les personnes auxquelles étaient jusqu'alors destinées les prestations ne doivent pas être lésées dans leurs droits (ATF 110 II 436 ss). Ce serait précisément le cas en l'espèce si aucune liquidation partielle n'était décidée.

C'est à juste titre que l'autorité intimée relève, à propos de l'entreprise X, qu'il ne s'agit ni d'une petite entreprise ni d'une grande multinationale. Même si l'on admettait, comme le soutient la recourante, que seuls 12 licenciements doivent être pris en considération, le taux de 10 % serait réalisé. Et si l'on considère l'ensemble des licenciements durant la période de restructuration, il ne fait plus aucun doute qu'une liquidation partielle est largement justifiée.

b) Art. 23 al. 4 let. b LFLP : l'entreprise fondatrice a été restructurée. Un communiqué de la direction au personnel, en décembre 1996, est sans équivoque à ce sujet : "Les dernières années ont été des années difficiles et si l'entreprise a survécu, c'est grâce aux mesures de restructuration, entraînant des licenciements. Ces mesures n'ont pas toujours été comprises par une partie du personnel et par les syndicats. Mais c'était la seule solution pour assurer la survie de l'entreprise". La recourante ne conteste pas cet état de fait. Elle estime toutefois que le maintien de fortes réserves disponibles pour un plan social futur relève d'une saine gestion et d'une conscience aiguë de la responsabilité sociale de l'employeur.

Cette diligence n'est en soi pas critiquable. Mais il n'en demeure pas moins contradictoire de vouloir utiliser la réserve constituée sous la forme de fonds libres pour les plans sociaux futurs et de refuser toute distribution aux personnes licenciées en 1995.

Ainsi, il est nécessaire, dans le présent cas, de procéder à une liquidation partielle.

287 Versement de la prestation de vieillesse sous forme de capital en lieu et place de la rente - Consentement du conjoint - Compétence du tribunal institué par l'article 73 LPP

(Référence à l'arrêt du 21.4.99 en la cause OFAS c. Fondation de prévoyance X, B 38/98; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP, 5 LFLP)

Résumé des faits
L'assurée a demandé le versement en capital de ses prestations de vieillesse. L'institution de prévoyance, dont le règlement prévoit la possibilité d'un tel versement, a exigé le consentement du mari pour y procéder.

L'assurée a saisi le tribunal cantonal compétent d'une action tendant à l'obtention d'une dispense du consentement de son mari. Elle a fait valoir qu'elle était séparée de ce dernier depuis 20 ans, qu'elle ne connaissait pas son domicile et qu'elle se trouvait donc dans l'impossibilité d'obtenir le consentement requis.

La cour cantonale a décliné sa compétence et a déclaré la demande irrecevable. Elle a considéré, en bref, que l'assurée devait en appeler au juge civil pour obtenir la dispense en question.

L'OFAS a interjeté recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue sur la demande de l'assurée.

En droit
L'OFAS a qualité pour recourir en vertu de l'art. 4a OPP 1 (consid. 1).

Pour exiger le consentement du mari de l'assurée, l'institution de prévoyance a invoqué, par analogie, l'art. 5, al. 2, LFLP, qui concerne le paiement en espèces de la prestation de sortie. Les premiers juges, quant à eux, se sont déclarés incompétents en se fondant sur l'al. 3 de la même disposition, d'après lequel l'assuré peut en appeler au tribunal s'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime. L'autorité cantonale, implicitement, considère que cette disposition est aussi applicable en l'espèce et que, par tribunal, il faut entendre le juge civil (consid. 3a).

La LFLP ne précise pas ce qu'il faut entendre par tribunal au sens de l'art. 5, al. 3, LFLP. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. On peut néanmoins concevoir qu'il s'agisse de la juridiction compétente au sens de l'art. 73 LPP (auquel renvoie l'art. 25 LFLP) ou du juge civil, spécialement le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale selon l'art. 180 CC. Il n'est toutefois pas nécessaire, en l'occurrence, de trancher ce problème. En effet, l'art. 5 LFLP n'est pas applicable ici dès lors que le litige porte non sur la prestation de sortie mais sur le droit de l'assuré de recevoir, au titre de prestations de vieillesse, un versement en capital en lieu et place d'une rente. Pour cette éventualité, ni la loi ni le règlement n'exigent le consentement du conjoint.
L'autorité cantonale aurait donc dû examiner, en premier lieu, si l'institution de prévoyance, malgré l'absence de base légale et réglementaire, était en droit, par une application analogique de l'art. 5, al. 2, LFLP, de subordonner le versement du montant en capital au consentement du mari de l'assurée. C'est la question principale que soulève le présent litige au fond. Ainsi posée, elle relève incontestablement du droit de la prévoyance professionnelle et il appartenait donc au tribunal administratif de la trancher. Il n'est pas concevable, en effet, d'en appeler au juge civil pour obtenir une dispense du consentement de l'époux, alors que la nécessité de ce consentement n'est pas tirée au clair sous l'angle de la prévoyance professionnelle (consid. 3b).

Dans ces conditions, il convient, selon le TFA, d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle procède à cet examen et rende un nouveau jugement. Si elle parvient à la conclusion que l'autorisation du mari est nécessaire, il lui appartiendra aussi de se prononcer sur la dispense sollicitée par l'assurée. Car, même si l'on admettait que cette dispense, prise isolément, relève de la compétence du juge civil, il faudrait de toute façon considérer que l'autorité désignée par l'art. 73, al. 1, LPP est habilitée à trancher la question à titre préjuduciel quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle. A cela s'ajoutent des considérations tirées de l'économie de la procédure. Il serait en effet disproportionné d'imposer à l'assurée de mener successivement deux procédures pour faire valoir sa prétention (consid. 3c).

288 Surindemnisation – Non-adaptation du règlement de l'institution de prévoyance à la nouvelle teneur de l'article 24 OPP 2 (en vigueur dès le 1.1.93)

(Référence à l'arrêt du 23.10.98 en la cause A. L., B 56/97; arrêt rendu en français)

(Art. 6 et 49 al. 2 LPP, 24 OPP 2)

Résumé des faits
Saisie d'une demande de rente d'invalidité, l'institution de prévoyance l'a rejetée, motif pris que les prestations de l'AI et de la CNA atteignaient 90 % du dernier salaire de l'assuré, de telle sorte que le versement d'une rente de la prévoyance professionnelle conduirait à une surindemnisation.

L'assuré a ouvert action contre l'institution de prévoyance devant le tribunal cantonal compétent; il conclut à l'allocation d'une rente d'invalidité dès le 1er juin 1994, soutenant que l'institution devait faire abstraction, dans le calcul de la surindemnisation, de la rente pour épouse de l'AI et ne devait compter les rentes pour enfants de cette même assurance que pour moitié.

Débouté par l'instance cantonale, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit
Le règlement de l'institution de prévoyance, dans sa version en vigueur depuis 1991, contient un art. 29 al. 3, aux termes duquel, notamment, la rente complémentaire de l'AVS/AI pour l'épouse n'entre pas dans les prestations prises en considération pour le calcul de la surindemnisation et les rentes pour enfants n'y sont comptées que pour moitié. Cette réglementation n'a pas été modifiée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1993, des nouvelles dispositions de l'OPP 2.

Les premiers juges ont considéré que le droit éventuel de l'assuré au versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à partir du 1er juin 1994 devait être examiné à la lumière de la nouvelle teneur de l'art. 24 OPP 2. Pour arriver à cette conclusion, il se sont fondés sur le principe selon lequel, en présence d'un état de choses durable (tel que l'allocation de prestations périodiques), non révolu lors d'un changement de législation, le nouveau droit est applicable, sauf disposition transitoire contraire (ATF 121 V 100 consid. 1a et les références). Aussi ont-ils déclaré inapplicable l'art. 29 al. 3 du règlement de l'institution de prévoyance. Ils ont estimé que même si cette disposition n'avait pas été adaptée ensuite des modifications apportées à l'OPP 2, les normes de cette ordonnance l'emportaient à l'évidence sur la réglementation interne de l'institution.

De l'avis du TFA, cette argumentation est mal fondée. En effet, dans le cadre de la compétence propre qui leur est conférée par l'art. 49 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance sont en principe libres d'allouer des prestations qui vont au-delà des prestations minimales légales prévues par la LPP (art. 6 LPP; ATF 117 V 45 consid. 3b). Rien ne s'oppose dès lors à ce que l'art. 29 al. 3 du règlement de l'institution

s'applique en l'espèce. Or, compte tenu de cette disposition, l'institution de prévoyance est bel et bien obligée de verser une rente d'invalidité.

Le TFA a par conséquent admis le recours de droit administratif.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 49

du 3 mars 2000

TABLE DES MATIERES

Indications
289 Organigramme de la Division au 1er janvier 2000
290 Changement d'adresse

Prise de position de l'OFAS
291 Modification de l'art. 7 OLP - application dans le temps
292 Divorce - prestation de libre passage à partager

Prise de position du groupe de travail "Surveillance Confédération et cantons"
293 Contrats d'affiliation avec une institution collective - errata au ch. 283

Jurisprudence
294 Contentieux
295 Prestations de survivants/d'invalidité - coordination avec l'assurance-accidents
296 Surindemnisation - adaptation de la limite de surassurance au revenu hypothétique
297 Surindemnisation - adaptation à l'évolution des prix
298 Réticence dans la prévoyance plus étendue
299 Compétence des tribunaux selon l'art. 73 LPP dans un litige opposant employeur et employé quant au paiement de cotisations LPP
300 Limitation à l'obligation de renseigner des caisses de pensions à l'égard des autorités fiscales fédérale et cantonales

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

289 Organigramme de la Division au 1er janvier 2000

DIVISION PREVOYANCE PROFESSIONNELLE

290 Changement d'adresse

L'Office fédéral des assurances sociales déménage au cours du 1er trimestre 2000, au numéro 20 de l'Effingerstrasse. Dès le 21 février, l'adresse de la Division prévoyance professionnelle est la suivante :

Division prévoyance professionnelle
Effingerstrasse 20
3003 Berne.
Les numéros de téléphone et de fax restent inchangés.

Prise de position de l'OFAS

291 Modification de l'art. 7 OLP - Application dans le temps

L'art. 7 OLP a été modifié en ce sens que le taux de l'intérêt moratoire affectant les prestations de sortie exigibles (art. 2, al. 3, LFLP) est ramené de 5 à 4,25 %.

Cette nouvelle réglementation, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, s'applique, pour l'avenir, aux situations qui ont pris naissance sous l'empire de l'ancien droit (rétroactivité au sens impropre). Concrètement, cela signifie que les prestations de sortie devenues exigibles avant le 1er janvier 2000 sont frappées d'un intérêt moratoire de 5 % jusqu'au 31 décembre 1999 et de 4,25 % après cette date.

292 Divorce - prestation de libre passage à partager

Le nouveau droit du divorce est entré en vigueur le 1er janvier 2000. L'OFAS reçoit déjà des demandes d'informations. Comme pour le libre passage et la propriété du logement, nous publirons dans le bulletin les prises de position d'intérêt général.

Quelle prestation de sortie fait l'objet du partage : s'agit-il de la prestation réglementaire ou au contraire de la prestation minimale au sens de la LPP? La prestation de sortie à partager correspond à la prestation de sortie réglementaire acquise durant le mariage (art. 22 LFLP). Cette prestation doit être calculée conformément aux règles des articles 15 à 18 LFLP. Si la prestation de sortie **réglementaire** est inférieure à l'avoir de vieillesse au sens de la LPP, c'est sur la base de cet avoir de vieillesse qu'il faut effectuer le calcul (art. 18 LFLP).

Prise de position du groupe de travail "Surveillance Confédération et cantons"

293 Contrats d'affiliation avec une institution collective

Une erreur s'est glissée dans le chiffre 283 du bulletin no. 48. Nous publions intégralement ce chiffre, dans lequel il y a lieu de biffer le point 10.

La pratique a démontré que les contrats d'affiliation conclus entre une institution collective et un employeur (une société) doivent règler les points énumurés ci-après, lesquels qui peuvent, si besoin, tenir compte des particularités de chaque cas:

1. Pour les institutions LPP: preuve établissant que l'institution de prévoyance à laquelle s'affilie l'employeur est inscrite au registre de la prévoyance professionnelle (numéro d'enregistrement);

2. Acceptation explicite des statuts et du règlement par l'employeur qui s'affilie;

3. En cas de reprise des effectifs d'une autre institution de prévoyance : référence à un contrat de reprise séparé;

4. Obligation faite à l'employeur affilié de déclarer à l'institution collective tous les collaborateurs que la loi et les règlements demandent d'assurer, ainsi que leurs salaires réels, et d'obtenir chaque année une confirmation de ces données de la part de l'organe de contrôle de l'employeur (art. 11 LPP, art. 10 OPP 2);

5. Obligation faite à l'employeur affilié de verser dûment les contributions réglementaires (fixation précise des dates, par exemple en ce qui concerne le versement d'acomptes mensuels ou semestriels). Obligation faite à l'institution collective de fournir les prestations correspondantes en faveur des salariés de l'employeur affilié;

6. Réglementation précise, assurant que tous les aspects de la parité sont respectés.
   (Si la parité n'est pas instituée au niveau de l'organe supérieur de la fondation, mais seulement dans les commissions de prévoyance, la compétence en matière de placements conformément à l'art. 49a OPP 2 (art. 51, al. 1 et 2; art. 71, al. 1, LPP) ne peut pas leur être retirée, par exemple;

7. Indication du fait que l'institution collective conclut des contrats d'assurance collective pour couvrir les risques assurés et qu'elle n'assume elle-même aucun risque d'assurance;

8. Garantie de la tenue détaillée des comptes de la fondation, resp. garantie de son financement – y compris l'imputation des frais administratifs –, des prestations et de la gestion de la fortune, ceci afin d'assurer à chaque caisse de prévoyance (collectif d'assurés) une couverture en cas d'insolvabilité (art.25 de l'ordonnance sur l'administration du "fonds de garantie LPP" [OFG]);

9. Réglementation des conditions de résiliation et du maintien de l'affectation des avoirs de prévoyance conformément à leur but (délai de résiliation du contrat

d'affiliation d'au moins six mois, transfert des avoirs de prévoyance et d'un éventuel fonds de réserve à une nouvelle institution de prévoyance);

10. Fixation de la date de l'entrée en vigueur de l'affiliation et signature en bonne et due forme;

11. En cas de détermination du for : l'art. 73 LPP établit où se situe le for.

Jurisprudence

294 Contentieux

(Référence à l'arrêt du 18.6.99 en la cause A. B., B 5/99; arrêt rendu en français)

(Art. 73 LPP)

Un litige opposant un travailleur à son ancien employeur - sans mise en cause d'une institution de prévoyance faute d'affiliation - et concernant le versement des cotisations par l'employeur porte sur une question spécifique à la prévoyance professionnelle au sens large. Il relève donc des juridictions désignées par l'art. 73 LPP.

295 Prestations de survivants et d'invalidité - coordination avec l'assurance-accidents

(Référence à l'arrêt du 26.5.99 en la cause A. M., B 29/98; arrêt rendu en français)

(Art. 34, al. 2, et 49, al. 2, LPP)

En matière de prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance restent libres d'exclure dans leurs statuts (art. 49, al. 2, LPP) le versement de prestations de survivants ou d'invalidité lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est mise à contribution pour le même cas d'assurance. Elles peuvent aussi prévoir le versement de prestations limitées à la part de l'invalidité qui est due à un état maladif, lorsque l'invalidité a également une origine accidentelle (cf. ATF 123 V 208 consid. 4bb et 116 V 197 consid. 4).

296 Surindemnisation - adaptation de la limite de surassurance au revenu hypothétique

(Référence à l'arrêt du 17.5.99 en la cause M. S. D., B 46/98; arrêt rendu en français)

(Art. 24 et 25 OPP 2)

Dans la présente affaire, la recourante soutient que la limite de la surindemnisation - et donc le montant de la rente d'invalidité - doit être adaptée en fonction de l'évolution du salaire qu'elle aurait obtenu ultérieurement, si elle n'était pas invalide.

Les premiers juges ont estimé quant à eux qu'il n'y avait pas lieu d'opérer un nouveau calcul de la surindemnisation. A leur avis, l'assuré ne peut pas exiger une modification de son droit à la rente car les institutions de prévoyance ont la possibilité - mais pas l'obligation - d'adapter le montant des prestations d'invalidité en fonction des circonstances. Ils invoquent à cet égard l'art. 24, al. 5, OPP 2 et considèrent que cette disposition, en tant que norme potestative, ne permet pas d'imposer à l'institution de prévoyance d'adapter ses prestations.

Le TFA réfute ce raisonnement, cela pour les motifs suivants.

Par "gain assuré dont on peut présumer que l'intéressé est privé" (art. 24, al. 1, OPP 2), il faut entendre le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans l'invalidité. Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de la surindemnisation, si l'on peut admettre, concrètement, que ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante (ATF 123 V 209 consid. 5b; 122 V 154 consid. 3c). D'après la jurisprudence, il y a une modification importante s'il en résulte une adaptation des prestations de 10 % au moins (ATF 123 V 201 consid. 5d, 211 consid. 6c/bb). Contrairement à l'opinion des juges cantonaux, l'adaptation des prestations n'est pas laissée à la libre appréciation de l'institution de prévoyance. Dans la mesure où les bases de calcul de la surindemnisation, dont fait partie le revenu hypothétique réalisable sans invalidité, se modifient après la fixation de la rente, l'institution de prévoyance est tenue d'opérer un nouveau calcul (Bernard Viret, La surindemnisation dans la prévoyance professionnelle, SVZ 1999 p. 24; Erich Peter, Das allgemeine Überentschädigungsverbot- Gedanken zu BGE 123 V 99 ff., RSAS 1998 p. 161 sv.; Isabelle Vetter-Schreiber, Klärung des Begriffs des "mutmasslich entgangenen Verdienstes", Schweizer Personalvorsorge 1997, p. 631). En fait, l'obligation d'adaptation ne découle pas tant de l'art. 24, al. 5, OPP 2 que des principes généraux sur la surindemnisation en présence d'une règle de coordination semblable à celle de l'art. 24, al.1, OPP 2 (cf. à ce propos ATF 122 V 154 consid. 3c; cf. aussi Peter, Die Koordination von Invalidenrenten, thèse Fribourg 1997, pp. 339 ss).

297 Surindemnisation - adaptation à l'évolution des prix

(Référence à l'arrêt du 12.11.99 en la cause M. V., B 56/98; arrêt rendu en français)

(Art. 34, al. 2, 49, al. 2, LPP, 24 OPP 2 et 20, al. 2, CO; art. 36 LPP)

En matière de prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance restent libres de régler la coordination avec d'autres assurances d'une manière différente de celle prévue à l'art. 24 OPP 2. Si une disposition statutaire est plus restrictive, en ce qui concerne la limite de la surindemnisation, que la règle de l'art. 24, al. 1, OPP 2, cette disposition s'applique seulement à la prévoyance plus étendue. A cet égard, on peut faire application, ou du moins s'inspirer, de l'art. 20, al. 2, CO.

En cas de surindemnisation excluant le versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, le droit à cette rente n'est pas inexistant ou supprimé, même temporairement, mais il est simplement différé. Il en résulte que pour fixer le montant de la rente au moment où disparaît - en tout ou partie - la surindemnisation, il faut tenir compte de toutes les adaptations intervenues au cours de la période durant laquelle le versement a été différé.

298 Réticence dans la prévoyance plus étendue

(Référence à l'arrêt du 6.10.99 en la cause A. P. A., B 62/98; arrêt rendu en français)

(Art. 4 et 6 LCA)

La personne qui tait la prise régulière de médicaments alors que l'une des questions qui lui sont posées en vue de son affiliation à une caisse de pensions porte précisément sur ce point commet une réticence; cela d'autant plus si, comme c'est le cas en l'espèce, elle répond par l'affirmative à la question "Etes-vous actuellement en bonne santé.." alors qu'elle se rend à réitérées reprises chez un médecin.

299 Compétence des tribunaux selon l'art. 73 LPP dans un litige opposant employeur et employé quant au paiement des cotisations LPP

(Référence aux arrêts du 25 janvier 2000 dans les causes L. D. et A. Z. contre OFAS, B 37/99 et J. M. et HCM contre OFAS, B 34/99, arrêts rendus en français)

(Art. 73 LPP)

Les deux arrêts en question se réfèrent à des litiges portant sur le paiement de cotisations à la prévoyance professionnelle. Dans ces deux cas, le tribunal cantonal compétent au sens de l'art. 73 LPP a été saisi mais a décliné sa compétence, au motif que ces questions ressortissaient au juge civil.

Saisi d'un recours de droit administratif par l'OFAS, le Tribunal fédéral des assurances a admis que l'art. 73 constitue une réglementation spéciale dérogeant à l'OJ. La compétence des autorités visées par l'art. 73 est définie quant à la nature du

litige : contestation portant sur des questions de la prévoyance professionnelle au sens étroit ou au sens large. Partant, les litiges concernent les prestations d'assurance, les prestations de libre passage et les cotisations. En revanche, dit le TFA "les voies de droit de l'art. 73 ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 cons. 2; 122 V 323 cons. 2b et les références)".

300 Limitation à l'obligation de renseigner des caisses de pensions à l'égard des autorités fiscales fédérale et cantonales

Une caisse de pensions où sont assurés des fonctionnaires n'a pas l'obligation d'informer les autorités fiscales fédérales et cantonales de l'adresse de paiement des rentes d'invalidité d'un de ses affiliés

(Jugement de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle du 18 janvier 2000; CRLPP 522/98)

(art. 86 LPP; art. 1 al. 1 let. d OSRPP et art. 112 LIFD)

L'autorité fiscale exigea d'une caisse de pensions assurant des fonctionnaires la communication de renseignements concernant l'adresse de paiement (numéro de compte et lien bancaire) des rentes d'invalidité d'un affilié, ce dernier étant soupçonné d'avoir commis une fraude fiscale. L'assuré n'a pas mentionné dans sa déclaration d'impôt les rentes versées par sa caisse de pensions. Celle-ci n'a pas donné suite à la requête de l'autorité fiscale. La Commission fédérale de recours LPP a estimé qu'une caisse de pensions où sont assurés des fonctionnaires n'est pas tenue de fournir des renseignements aux autorités fiscales fédérales et cantonales sur l'adresse du versement des rentes d'invalidité d'un assuré.

La Commission fédérale de recours motive de la manière suivante son jugement:
L'obligation du maintien du secret, conformément à l'article 86 LPP, est levée à l'égard des autorités fiscales fédérales et cantonales pour ce qui est des versements de prestations de la prévoyance professionnelle, en vertu de l'article 1, 1er alinéa, lettre d, de l'ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP), que dans la mesure où aucun intérêt digne de protection de l'assuré, d'autres destinataires ou de l'employeur ne s'y oppose. Une atteinte à l'obligation de garder le secret est lourdement sanctionnée selon l'article 76 alinéas 4 et 6 LPP, et c'est la raison pour laquelle les exceptions à ce principe doivent être clairement définies. Il n'est pas contesté qu'une institution de prévoyance doit informer les autorités fiscales des prestations versées. En revanche, ni la loi ni l'ordonnance ne mentionne l'obligation de communiquer l'adresse du versement des prestations. Même sans ces informations, les autorités fiscales ont toujours la possibilité d'appliquer correctement et à bon escient la législation fiscale, car ces dernières, en tant qu'autorité de taxation, peuvent obtenir tous les renseignements nécessaires quant au montant des rentes auprès de l'institution de prévoyance concernée. Sous cet aspect, il n'y a donc aucune raison de privilégier l'une des parties au détriment de l'autre.

L'article 112 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ne permet de communiquer aux autorités fiscales compétentes que ce qui est nécessaire à l'application de cette loi. L'autorité fiscale est tout-à-fait apte à prendre une décision sur la base des renseignements concernant le montant des rentes fournis par l'institution de prévoyance et, sitôt celle-ci entrée en force, imposer les mesures légales adéquates en vue de faire valoir ses droits auprès du contribuable. C'est pourquoi, les indications sur l'adresse des versements de rentes ne sont pas indispensables à l'application de la loi au sens de l'article 112 LIFD.

La Commission fédérale de recours constate en outre que dans le cadre de la prévoyance professionnelle, la LPP,-en particulier l'article 86 LPP et sa disposition d'application, l'article 1, 1er alinéa, lettre d, OSRPP-, doit être considérée comme une lex specialis au regard de la LIFD. Elle met également en exergue que l'article 86 LPP, qui prescrit le principe du maintien du secret dans la prévoyance professionnelle, n'a pas été touché lors des modifications de la législation fiscale (art. 50 al.1 bis LAVS en relation avec la LIFD). Par ailleurs, dans le même sens, le Conseil fédéral n'a pas non plus procédé à des modifications de l'ordonnance d'application concernant l'article 1 alinéa 1 lettre d OSRPP.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50

du 8 avril 2000

EDITION SPECIALE

301 Révision de l'OPP 2: modification des dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance

Lors de sa séance du 20 mars 2000, le Conseil fédéral a modifié les dispositions de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance. Ces dernières accordent une plus grande flexibilité en matière de placements tout en renforçant la notion de sécurité. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er avril 2000.

Quels sont les changements intervenus dans l'ordonnance ?

La notion de sécurité est reformulée. Elle portera désormais sur un examen global de la situation financière en ayant comme objectif premier à assurer la sécurité financière des buts de prévoyance. Ainsi, les placements effectués devront faire l'objet d'un choix, d'une gestion et d'un contrôle soigneux (art. 50 modifié).

La notion de "placements indirects" qui ne recouvrait plus la nouvelle réalité sur les marchés financiers est remplacée par la notion de "placements collectifs". Les possibilités d'investissement dans les placements collectifs ont été étendues sous certaines conditions (art. 56 modifié).

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

La modification de l'ancien article 59 indique clairement la nouvelle direction prise par le législateur. Une extension des possibilités de placements est possible, si celle-ci s'appuie sur un rapport qui démontre que la réalisation des buts de prévoyance n'est pas mise en péril. En revanche, les écarts par rapport aux normes de placements chez l'employeur (art. 57 al. 1) ne seront plus autorisés (art. 59 modifié).
La révision de l'article 60 OPP 2 est la conséquence logique de la révision de l'article 59 OPP 2; elle est d'ordre purement formel.

Vous trouverez ci-après le texte des modifications et un commentaire détaillé. Nous vous signalons que seul le texte publié dans le recueil officiel fait foi.

301 Révision de l'OPP 2: modification des dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance: flexibilité accrue et sécurité renforcée dans les placements.

Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité
(OPP 2)

Modification du

Le Conseil fédéral suisse
arrête :

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] (OPP2) est modifiée comme il suit :

Art. 50 Sécurité et répartition du risque
(art. 71 al. 1 LPP)

1 L'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère.

2 Lors du placement de sa fortune, elle doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés.

3 Lors du placement de sa fortune, elle doit respecter les principes d'une répartition appropriée des risques; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques.

Art. 56 Placements collectifs
(art. 71 al. 1 LPP)

1 Les placements collectifs sont des placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs.

---

[1] RS **831.441.1**

[2] L'institution de prévoyance peut participer à des placements collectifs, pour autant que:

a. ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'art. 53, et que
b. l'organisation des placements collectifs doit être réglée de manière que, au niveau de la fixation des directives de placement, de la répartition des compétences, de la détermination des parts ainsi que ventes et rachats y relatifs, les intérêts des institutions de prévoyance qui y participent soient garantis.

[3] Les parts de placements directs compris dans les placements collectifs s'ajoutent aux placements directs pris en compte pour le calcul des limites de placement selon l'art. 54 et des limites globales selon l'art. 55. Les limites de placement selon l'art. 54 relatives aux engagements envers des débiteurs et des sociétés sont respectées, lorsque:

a. les placements directs compris dans les placements collectifs sont diversifiés de façon appropriée; ou que

b. la participation à un placement collectif est inférieure à 5% de la fortune totale de l'institution de prévoyance.

[4] Les participations à des placements collectifs sont assimilées à des placements directs lorsqu'elles remplissent les conditions selon des al. 2 et 3.

Art. 59 Extension des possibilités de placement
(art. 71 al. 1 LPP)

[1]Les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a, al. 1 et 5, ainsi que 57, al. 2 et 3, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel.

[2]Les résultats de ce rapport doivent être consignés dans l'annexe aux comptes annuels.

Art. 60 Défaut des conditions d'extension
(art. 71 al. 1 LPP)

Si les conditions stipulées à l'art. 59 pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut exiger une adaptation du placement de la fortune.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er avril 2000.

Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération : Adolf Ogi
La chancelière de la Confédération : Annemarie Huber-Holtz

Commentaire

3.1 Article 50 révisé

Art. 50 Sécurité et répartition du risque

Premier alinéa

1 L'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère.

Cette formulation précise ce que l'on entend, dans le cadre de la gestion de la fortune, par la prise en compte intégrale de la tâche de gestion selon l'article 49a OPP 2. La disposition en vigueur jusqu'ici stipulait seulement le choix sélectif des placements à opérer. Cela ne correspond plus au nouvel article 50 OPP 2. Sont désormais exigés en outre une gestion et un contrôle rigoureux des placements.

Le devoir de diligence décrit à l'alinéa 1 revêt une importance toute spéciale dès lors qu'il s'agit de fonds confiés à l'institution. Il présuppose des connaissances du métier, un engagement et une circonspection appropriés. Outre une manière de procéder adéquate et conforme aux règles du métier, le devoir de diligence commande également la transparence et la clarté des réflexions faites et des décisions prises dans les cas d'espèce.

Une *gestion prudente* a pour but la mise en œuvre optimale d'une stratégie de placement par une exploitation conforme au marché des possibilités de rendement. Elle implique un processus de gestion des placements pertinent, qui corresponde aux conditions et possibilités réelles de l'institution de prévoyance.

Lorsque l'institution gère elle-même ses placements, en totalité ou en partie, elle doit avoir le savoir-faire nécessaire, de même qu'une infrastructure suffisante pour assurer la circulation des informations. Lorsqu'elle confie le mandat de gestion à l'extérieur, le devoir de diligence s'applique au choix et à la surveillance du mandataire.

La *surveillance des placements* doit finalement garantir un pilotage du processus de gestion des placements conformément aux objectifs. Elle nécessite des informations fondées, permettant de répondre aux questions suivantes:

- Quels sont les rendements et les fluctuations de valeur attendus à moyen terme dans l'institution de prévoyance?

- La stratégie de placement à long terme définie en son temps correspond-elle encore aux objectifs de la gestion des placements?

- Les résultats obtenus dans le cadre de la gestion correspondent-ils aux résultats escomptés au vu des conditions du marché?

La surveillance ne doit pas se borner à constater des états de fait. Elle doit aussi déboucher sur la prise de mesures concrètes lorsque des problèmes survenant dans la gestion des placements l'exigent.

Alinéa 2

[2] Lors du placement de sa fortune, elle doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future à attendre de l'effectif des assurés.

Par placement de la fortune, on entend moins le choix d'un placement individuel que la décision de structurer la fortune globale conformément à la capacité de risque d'une institution, partant, la décision de répartir judicieusement les moyens sur différentes catégories de placement (asset allocation).

Afin de garantir *la sécurité quant à la réalisation des buts de prévoyance*, l'institution de prévoyance doit placer la fortune en fonction de sa capacité de risque. Par capacité de risque, il faut comprendre la capacité de l'institution de compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché, ainsi que le fait de disposer de moyens liquides et non liquides en suffisance pour honorer ses obligations futures (par ex. paiement des rentes, prestations de libre passage).

La capacité de prendre des risques et la sécurité sont deux notions correspondantes. Pour en juger, on ne partira ni du placement individuel ni des engagements à l'égard des destinataires individuels, mais de la situation globale telle qu'elle ressort par exemple du degré de couverture d'une institution de prévoyance. On évaluera le degré de couverture en taxant les actifs à leur valeur réelle sur le marché ou à leur valeur vénale.

Toujours dans le cadre de la gestion de la fortune, la tâche de gestion inclut aussi une réflexion sur les besoins futurs en liquidités et sur l'amplitude des fluctuations de valeur possibles de la fortune. Il découle du devoir de diligence que l'on doit former des réserves correspondantes aux fluctuations de fortune escomptées au sens de l'article 49a OPP 2. La capacité de prendre des risques dépend dans une mesure essentielle de ces réserves.

L'appréciation de la capacité de prendre des risques doit également tenir compte dans tous les cas des perspectives quant à l'évolution de l'effectif des assurés, autrement dit des engagements. Il y a lieu en particulier de garantir que la capacité de prendre des risques soit préservée même en cas de changements fondamentaux, par exemple suite à un changement du plan de prévoyance, à des liquidations (partielles) ou à des fusions d'institutions de prévoyance.

Alinéa 3

[3] Lors du placement de sa fortune, elle doit respecter les principes d'une répartition appropriée des risques; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques.

Avec cette formulation, une nouvelle condition cadre est posée en ce qui concerne la tâche de gestion au sens de l'article 49a OPP 2 pour garantir le but de prévoyance, à savoir l'application du *principe fondamental de la diversification*.

Un des principes à la base d'une répartition adéquate du risque est notamment la réduction des risques spécifiques à chaque titre (Klumpenrisiko entre autres). Il s'agit par là de prévenir des fluctuations perturbatrices et difficiles à évaluer dans le développement de la fortune, qui dépasseraient la capacité de prendre des risques d'une institution de prévoyance.

On sait qu'il est difficile d'établir des pronostics fiables sur l'évolution des rendements de certaines catégories de placement et de placements individuels. En application du devoir de diligence, il s'agira donc de veiller à répartir la fortune de prévoyance entre différentes catégories de placement selon article 53 OPP 2 et, à l'intérieur de ces catégories, sur des titres ou des positions individuels tout en tenant compte de la capacité de prendre des risques de l'institution de prévoyance. Il est décisif, pour une *répartition adéquate des risques,* d'établir dans quelle mesure les fluctuations des rendements des différents placements se déroulent en parallèle, indépendamment l'une de l'autre ou en sens contraire.

3.2 Art. 56 révisé

Art. 56 *Placements collectifs*

Alinéa 1

[1] Les placements collectifs sont des placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs.

On entend par placements collectifs les fonds de placement suisses et étrangers (fonds sur la base d'un contrat collectif et fortune collective sous forme de société, SICAV), des fondations de placement, des portefeuilles internes des banques, mais aussi des placements en commun sans personnalité juridique propre (c'est-à-dire le regroupement d'investissements).

Les sociétés anonymes considérées comme des “Investment Companies”, telles qu'une catégorie de sociétés à la bourse suisse SWX par exemple, doivent également être considérées comme des placements collectifs.

Les contrats d'assurance-vie classiques dont toutes les prestations sont garanties par l'assureur-vie ne sont pas des placements collectifs.

Alinéa 2

[2] L'institution de prévoyance peut participer à des placements collectifs, pour autant que:

a. ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'art. 53, et que
b. l'organisation des placements collectifs doit être réglée de manière que, au niveau de la fixation des directives de placement, de la répartition des compétences, de la détermination des parts ainsi que ventes et rachats y relatifs, les intérêts des institutions de prévoyance qui y participent soient garantis.

L'institution ne peut donc investir dans des placements collectifs qu'à la condition que ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'article 53, lettres a à e OPP 2. Ainsi, des placements opérés dans des marchandises par le biais de fonds ou de Hedge Funds ne sont possibles que dans le cadre et aux conditions de l'article 59 OPP 2.

Il convient en outre d'observer et de contrôler les risques complémentaires spécifiques au pool qui n'existeraient pas en cas de placements individuels correspondants mais qui, selon les circonstances, pourraient avoir des retombées négatives pour l'institution de prévoyance. On observera en particulier les critères suivants:

- *Fixation des directives de placement*: Il importe de fixer le cadre des décisions en matière de placement de l'organe chargé de gérer les placements collectifs. Il doit ressortir clairement des directives de quelle manière la fortune apportée collectivement est investie quant à la répartition dans différentes catégories de placement (asset allocation), la diversification, etc. Lorsque la fortune est investie dans d'autres placements que ceux énumérés à l'article 53 OPP 2, l'institution de prévoyance doit le justifier en vertu de l'article 59.

- *Réglementation des compétences* : Le placement collectif doit être organisé de manière à garantir un pooling "juste et efficient". Il s'agit en l'occurrence de régler l'organisation en veillant à séparer les fonctions, de fixer la procédure en cas de modification des directives de placement, d'établir une répartition des coûts selon le principe de la responsabilité et de désigner l'organe de contrôle.

- *Détermination des parts*: A comprendre notamment comme une détermination juste des parts (conformément aux valeurs du marché), une comptabilité transparente et un reporting de gestion efficient, sur la base desquels on peut évaluer le succès et les risques encourus.

- *Ventes et rachats:* S'agissant de placements collectifs, l'institution de prévoyance devrait avoir toute latitude de procéder à des ventes ou rachats selon les besoins. Cela présuppose des coûts de vente et de rachat raisonnablement bas ainsi que la possibilité régulière et fréquente d'acheter et de vendre. De telles opérations permettent par ailleurs de satisfaire les exigences en matière de liquidités au niveau de la fortune globale (art. 52 OPP 2). Dans ce contexte, la négociabilité doit toujours être évaluée par rapport au placement direct correspondant. On pourra ainsi admettre qu'un pool en placements moins liquides (par ex. actions dans les marchés émergents) soit ouvert moins souvent et accuse un plus grand écart achat/vente qu'un fonds dans des placements liquides (par ex. actions en Blue Chips suisses).

L'institution de prévoyance doit contrôler, dans le cadre de sa compétence propre, si les critères susmentionnés sont réglés de façon à sauvegarder ses intérêts. Cet examen doit se faire de façon transparente. Lorsque les placements collectifs sont soumis à une autorité de surveillance fédérale ou étrangère correspondante, ce contrôle sera plus simple à effectuer dès lors que les critères mentionnés ci-avant sont remplis en règle générale.

Alinéa 3

[3] Les parts de placements directs compris dans les placements collectifs s'ajoutent aux placements directs pris en compte pour le calcul des limites de placement selon l'art. 54 et des limites globales selon l'art. 55. Les limites de placement selon l'art. 54 relatives aux engagements envers des débiteurs et des sociétés sont respectées, lorsque:

a. les placements directs compris dans les placements collectifs sont diversifiés de façon appropriée; ou que

b. la participation à une quote-part d'un placement collectif est inférieure à 5% de la fortune totale de l'institution de prévoyance.

Sont déterminants, pour le contrôle des limites de placement au niveau de la fortune totale selon article 54 (Limites des placements) et article 55 (Limites globales), les placements effectivement opérés dans le cadre des placements collectifs. Cette disposition garantit que le risque de base équivalent du placement collectif est déterminant pour l'appréciation du risque dans le cadre de la stratégie de placement.

Etant donné que les placements collectifs sont souvent suffisamment diversifiés, il n'est pas nécessaire d'établir le volume des différents placements individuels, pour lesquels l'article 54 fixe également des limites. Par ailleurs, si un placement collectif n'est pas suffisamment diversifié quant à ses placements individuels, l'examen du respect des limites des placements individuels n'est pas non plus nécessaire, pour autant que la participation soit inférieure à 5% de la fortune globale.

Alinéa 4

[4] Les participations à des placements collectifs sont assimilées à des placements directs lorsqu'elles remplissent les conditions selon les alinéas 2 et 3.

Pour autant qu'il soit tenu compte des risques fondamentaux équivalents (alinéa 3) et des risques complémentaires spécifiques au pool (alinéa 2), les placements collectifs sont assimilés à des placements directs. Cela signifie que le risque débiteur du pool est à considérer comme peu pertinent et que la limitation des débiteurs (le placement collectif étant alors considéré comme le débiteur) n'est pas applicable.

3.3 Art. 59 révisé

Art. 59 Extension des possibilités de placement

[1]Les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a, al. 1 et 5, ainsi que 57, al. 2 et 3, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel.

Principes:

Les institutions de prévoyance devraient en principe pouvoir pratiquer une stratégie de placement sous leur propre régie en tenant compte de leur capacité de prendre des risques, et engager les instruments de placement qu'elles jugent utiles. Cela correspond à la tâche de gestion retenue à l'article 49a OPP 2. Les deux conditions requises pour l'extension des possibilités de placement et le dépassement des limites sont les suivantes:

a) un règlement de placement selon article 49a, qui mentionne explicitement ces possibilités élargies et

b) une attestation concluante que les principes de sécurité et de répartition du risque selon article 50 OPP 2 ont été respectés.

Extension des instruments de placement:
Avec l'arrivée incessante sur le marché de nouveaux instruments de placement, une énumération exhaustive de ces instruments à l'article 53 OPP 2 n'est ni possible, ni utile. Il en est de même pour les placements collectifs selon article 56 et pour les instruments financiers dérivés selon article 56a, alinéa 1, OPP 2.

Ce qui est décisif, c'est que l'institution de prévoyance contrôle l'engagement de chaque instrument conformément aux exigences de sécurité selon le nouvel article 50. Des catégories non traditionnelles de placement, comme les Hedge Funds par exemple, peuvent donc également être utilisées. Il faut cependant que les conditions suivantes soient remplies:

- Les instruments doivent être choisis avec soin. Autrement dit, l'institution de prévoyance doit analyser et mesurer les chances et les risques de chacun de ces placements. Il s'agira notamment d'apprécier leur influence sur les rendements et sur les caractéristiques de risque de la fortune totale.

- Lors de l'utilisation de ces instruments, l'institution doit dûment tenir compte du principe de la répartition du risque.

253 Il ne doit pas exister d'obligation de faire des versements ultérieurs.

Extension des limites:
Les institutions de prévoyance devraient pouvoir dépasser les limites existantes si elles ont la capacité nécessaire de prendre des risques. La capacité de prendre des risques dépend notamment de la situation financière de l'institution ainsi que de la structure et de l'évolution prévisible de l'effectif des assurés. Une autre composante de cette capacité est l'existence d'une organisation professionnelle pour la mise en œuvre de la stratégie et la surveillance des opérations.

Il va sans dire que le dépassement des limites ne libère pas de l'obligation de respecter les principes de la sécurité et de la répartition du risque selon l'article 50 OPP 2. C'est le cas tout spécialement pour les placements chez l'employeur (art. 57 OPP 2), où l'aspect de la sécurité quant à la réalisation des buts de prévoyance mérite une attention particulière. En effet, les conflits d'intérêts

potentiels auxquels l'organe paritaire est confronté sont nettement plus élevés ici qu'ailleurs.

Etablir de façon concluante le respect du principe de la sécurité:
Le respect des principes de sécurité et de répartition du risque selon article 50 OPP 2 doit être établi de façon concluante dans un rapport annuel. De façon concluante signifie que le rapport doit clairement démontrer que l'extension des possibilités de placement ne met pas en péril la réalisation des buts de prévoyance. Les résultats du rapport doivent être publiés chaque année dans l'annexe aux comptes annuels.

Il n'appartient pas à l'organe de contrôle et encore moins aux autorités de surveillance d'examiner le caractère concluant. Seul est responsable ici l'organe paritaire de contrôle de l'institution de prévoyance selon l'article 49a OPP 2. Les décisions concernant l'extension des possibilités de placement sont du ressort de l'organe de gestion responsable.

Responsabilité:
Les modifications de l'OPP 2 qui sont proposées, et tout particulièrement les modifications de l'art. 59, accroissent la responsabilité propre de l'organe chargé de la gestion paritaire. La flexibilisation et l'extension des possibilités de placement ne diminuent donc en rien la responsabilité et la diligence dont doivent faire preuve les personnes chargées de la gestion[2].

La norme concernant la responsabilité, figurant à l'art. 52 LPP, sert ici de référence. Etant donné le caractère contraignant de l'art. 52, la responsabilité ne peut pas être exclue, même en cas d'endettement limité. Les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent donc du dommage qu'elles lui causent, intentionnellement ou par négligence. L'institution de prévoyance elle-même répond de ces dommages causés à des tiers, en particulier aux bénéficiaires de la prévoyance, car le comportement préjudiciable des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle lui est entièrement imputée, conformément à la responsabilité générale de l'organe des personnes morales (cf. art. 55 CC). Le fait que l'autorité de surveillance prenne connaissance du rapport annuel (cf. art. 62, al. 1, let. b et c, LPP) ne signifie pas que les membres de l'organe responsable ne puissent plus être tenus pour responsables de décisions fautives et de violation des obligations qui se sont produites au cours de l'année d'exercice[3]. Le fonds de garantie dispose lui aussi, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre toutes les personnes responsables de

[2] Cf. Jacques-André Schneider, "La gestion de fortune institutionnelle et l'éthique de la responsabilité", dans *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge* (SZS), 1996, p. 1 ss.
[3] Cf. Riemer, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, § 2, n. 92; Brühwiler, *Betriebliche Personalvorsorge*, § 19, n. 50 ss. Dans le cadre de leur activité de surveillance des institutions de prévoyance, les autorités de surveillance ne veillent qu'au respect par les institutions des prescriptions légales (art. 62, al. 1, LPP); cf. aussi Vetter-Schreiber, *Staatliche Haftung bei mangelnder BVG-Aufsichtstätigkeit*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 1996, p. 31.

l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 56a, al. 1, LPP); dans ce cadre, le fonds de garantie peut recourir entre autres nommément contre les organes de l'institution de prévoyance[4].

Les placements non garantis auprès de l'employeur ne sont plus possibles.

L'art. 57, al. 1, inclus jusqu'ici dans le catalogue des écarts selon l'art. 59, n'est désormais plus inclus dans l'extension des possibilités de placement selon le nouvel art. 59 OPP 2. La fortune servant à la couverture des prestations de libre passage et à la couverture des rentes en cours ne doit pas être placée sans garantie auprès de l'employeur. Des placements auprès de l'employeur peuvent créer des problèmes, notamment lorsque la situation économique est difficile. Le devoir de maintenir la fortune de prévoyance s'opposant au maintien de places de travail, des conflits d'intérêt peuvent surgir. La nouvelle disposition garantit le maintien de l'indépendance de l'institution de prévoyance par rapport à l'employeur de l'organe responsable. L'expérience passée a aussi montré que les placements en faveur de l'employeur entraînent plus souvent que d'autres types de placements des dommages. C'est l'insolvabilité de certaines institutions de prévoyance en faveur du personnel, dont les médias ont parlé, qui a incité le Conseil fédéral à régler de manière plus restrictive dans l'OPP 2 les placements auprès de l'employeur à partir du 1er juillet 1993.

Si des problèmes de droit transitoire se posent en relation avec la nouvelle formulation de l'art. 59, l'autorité de surveillance étudiera les adaptations particulières à prévoir et fixera les délais nécessaires.

3.4 Art. 60 révisé

Art. 60 Défaut des conditions d'extension

Si les conditions stipulées à l'article 59 pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut exiger une adaptation du placement de la fortune.

La révision de cette disposition est la conséquence logique de la révision de l'article 59 OPP 2; elle est d'ordre purement formel.

Selon l'actuel *alinéa 1,* l'autorité de surveillance ordonne une adaptation du placement si les conditions permettant un écart ne sont pas remplies ou si l'institution ne présente pas de motivation suffisante[5]. Cette disposition fait

[4] Vetter-Schreiber, *Staatliche Haftung bei mangelnder BVG-Aufsichtstätigkeit*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 1996, p. 246 ss. et la jurisprudence citée.

[5] cf. Commentaires du projet de l'ordonnance 2 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 9 août 1973 (OPP 2), procédure de consultation des partenaires sociaux et autres organisations concernées, du 9.8.1973 (36.835), ad art. 57 (Ecarts), p. 82.

référence à l'actuel article 59 (Ecarts). La modification de l'article 59 entraîne celle de l'article 60.

A la différence de l'ancienne réglementation, il n'y a plus de rapport direct à l'autorité de surveillance. Dans le cadre de la révision annuelle, l'organe de révision contrôle si les conditions selon l'article 59 sont remplies, autrement dit si le rapport existe et si les résultats du rapport sont annexés aux comptes annuels. Si ces conditions ne sont pas remplies, ou pas suffisamment, l'autorité de surveillance ordonne les mesures utiles.

En fixant un délai d'adaptation de cinq ans à l'*article 60, al. 2*, le législateur avait pensé aux institutions de prévoyance qui voulaient se faire enregistrer mais n'étaient pas en mesure de fournir les justifications suffisantes pour des écarts, dès lors que, avant l'entrée en vigueur de l'OPP 2, d'autres dispositions en matière de placement s'appliquaient[6]. Il ne paraît pas utile de maintenir ce délai avec la nouvelle réglementation de l'article 59. Les conditions d'extension des possibilités de placement sont fixées à l'article 59 et reposent largement sur les réglementations déjà en vigueur, notamment sur les exigences décrites à l'article 49a. L'alinéa 2 peut donc être supprimé. Il faut par conséquent changer le titre de la disposition.

4. Domaine d'application

Les modifications et compléments proposés se basent sur l'article 71, al.1 LPP (administration de la fortune). Leur domaine d'application s'étend de ce fait aux institutions de prévoyance enregistrées appliquant la LPP (art. 48 LPP), à celles qui pratiquent la prévoyance professionnelle dans le domaine surobligatoire (art. 49, al. 2 LPP et art. 89bis, al. 6 CC), ainsi qu'aux institutions du 3e pilier (art. 5, al. 3 OPP 3). Quant aux fondations de placement, il s'agit d'une catégorie spéciale de formes collectives de placement non soumise jusqu'ici à une réglementation propre; ces fondations sont régies par le droit des fondations[7]. Mais, partant de l'obligation des autorités de surveillance des fondations de veiller à une utilisation conforme aux buts de la fortune de la fondation (art. 84, al. 2 CC), on peut déduire que les fondations "ordinaires" ou "classiques" doivent, de manière générale, observer les principes de sécurité, de rentabilité, de liquidité, de répartition du risque et de préservation de la substance. Invoquant ces mêmes principes, le Tribunal fédéral a décidé[8] que les dispositions en matière de placement de l'OPP 2, applicables aux fondations de prévoyance du personnel, doivent également servir de référence pour évaluer la politique de placement des fondations "ordinaires" ou "classiques". Partant, ces principes s'appliquent

[6] cf. Commentaires sur le projet de l'OPP 2, chiffre 1 ci-dessus.
[7] Pratique de l'OFAS quant aux exigences des fondations de placement sous sa surveillance, du 1er mai 1999.
[8] Arrêt de la II Cour civile du Tribunal fédéral du 30 janvier 1998 dans l'affaire Fondation X contre Tribunal cantonal (chambre de droit civil) des Grisons, publié dans ATF 124 III p. 97 ss concernant les fondations de libre passage; voir aussi l'arrêt du Tribunal féd. des assurances du 22 octobre 1996 dans l'affaire Fondation X contre Y et Tribunal administratif de Genève.

également aux fondations de placement, définies dans la pratique comme des "institutions annexes à la prévoyance professionnelle".

5. Entrée en vigueur

Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1er avril 2000.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 51

du 22 juin 2000

TABLE DES MATIÈRES

Indications
302 Divorce et prétentions à l'égard des institutions de prévoyance

Prise de position de l'OFAS
303 Répartition volontaire et périodique des fonds libres
304 Garantie de l'exécution de liquidations partielles par l'organe de contrôle

Jurisprudence
305 Surindemnisation
306 Indemnité de dépens et compétence du Tribunal fédéral des assurances
307 Principe procédural de la maxime d'office
308 Quand peut-on renoncer à une liquidation partielle?

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

302 Divorce et prétentions à l'égard des institutions de prévoyance

En cas de divorce - c'est une nouveauté - chacun des conjoints a son propre droit envers l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Lorsque, pendant le mariage, un paiement en espèces a été effectué, il peut s'avérer plus difficile de faire valoir ce droit.

Le droit du divorce révisé, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2000, présente la nouveauté de garantir au conjoint le droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage (art. 122 à 124 CC, art. 22 à 22c LFLP). Ce n'est donc pas seulement la personne assurée qui a une créance envers l'institution de prévoyance, mais également son conjoint.

Les assurés peuvent exiger, à certaines conditions, le paiement en espèces de leur avoir de prévoyance. Pour protéger la famille, l'accord écrit du conjoint est exigé lorsque l'assuré est marié. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou si le conjoint le refuse sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5 al. 2 et 3 LFLP).

Lorsqu'un versement en espèces est déjà intervenu durant le mariage, valablement ou non, il convient de procéder à un règlement dans le cadre des dispositions relatives au régime matrimonial ou d'examiner l'octroi d'une indemnité équitable au sens de l'article 124 CC (nouveau). Le droit acquis par le conjoint en matière de prévoyance peut ainsi généralement être compensé pour autant qu'il existe encore des biens matériels ou pécuniers chez l'autre conjoint.

En l'absence de biens ou de fortune, un tel règlement n'est cependant pas possible. Ces derniers temps, notre office s'est vu soumettre plusieurs cas où le mari avait falsifié la signature de son épouse sur le formulaire de demande de versement en espèces adressé à l'institution de prévoyance. Le défaut de fortune qui s'en est suivi a rendu impossible un règlement au moment du divorce. Par conséquent les époux concernés ont dû introduire une action en justice pour faire valoir leur créance envers l'institution de prévoyance.

La loi sur le libre passage se borne à exiger l'accord écrit du conjoint lors d'un paiement en espèces. Il n'existe pas de directive ou d'instruction précisant cette prescription. A ce jour, aucun tribunal ne s'est prononcé non plus sur le devoir de diligence exigé d'une institution de prévoyance. Il incombe par conséquent aux institutions de prévoyance elles-mêmes de déterminer de quelle manière et sous quelle forme elles entendent demander la signature de l'autre conjoint et la vérifier.

En l'absence d'exigences de forme plus précises, on peut en principe présumer que la relation des époux est fondée sur une certaine confiance. Une prudence particulière est toutefois de mise lorsqu'apparaissent des signes avant-coureurs de séparation ou de divorce. Un extrait du registre de l'état civil ou d'autres preuves peuvent être exigés au besoin (en cas de versement en espèces lorsque l'assuré s'établit à son propre compte, les institutions de prévoyance exigent par exemple une preuve des autorités AVS ou un extrait du registre du commerce).

Lorsqu'un conjoint a l'intention de s'établir à son propre compte ou de quitter définitivement la Suisse, l'autre conjoint **-** ou son avocat(e) - fera bien de communiquer par écrit à l'institution de prévoyance (de préférence par lettre recommandée) qu'il ne donnera pas son consentement en raison d'une séparation ou d'un divorce imminents.

En cas de litige, le tribunal visé à l'art. 73 LPP établit si l'institution de prévoyance a violé son devoir de diligence**.** Si l'institution prétend que le paiement a eu lieu valablement, c'est à elle qu'incombe le fardeau de la preuve, et non au conjoint ayant droit. Lorsqu'elle ne procède pas aux recherches qui s'imposent, l'institution de prévoyance encourt le risque d'un double paiement. Elle peut, par la suite, faire valoir son droit à restitution auprès des bénéficiaires. L'institution de prévoyance assume le risque d'une éventuelle insolvabilité en l'absence d'un accord écrit valable.

Prise de position de l'OFAS

303 Répartition volontaire et périodique des fonds libres

Ces derniers temps, l'OFAS a constaté que la répartition des fonds libres effectuée dans le cadre des liquidations partielles prescrites par la loi pouvait engendrer d'importantes difficultés.

D'une part, les dispositions légales en la matière sont très évasives. D'autre part, la présence de fonds libres crée des attentes contradictoires. En effet, les idées et les intérêts divergent radicalement lorsqu'il faut choisir à quels buts affecter ces fonds libres ou lorsqu'il faut pondérer les critères de répartition. Ainsi, les employeurs souhaitent, en premier lieu, une diminution de leurs cotisations, les collaborateurs de longue date une pondération tenant compte de leurs nombreuses années de service, tandis que les travailleurs réalisant de bas revenus préconisent la prise en considération de la composante sociale. Quant aux assurés restants, ils exigent une pondération propre à maintenir le niveau de leurs prestations, tandis que les assurés sortants demandent l'égalité de traitement avec ceux qui restent. Sans oublier que le seul fait de fixer le montant des fonds libres renferme un potentiel conflictuel élevé. Les experts en prévoyance professionnelle sont eux-mêmes divisés sur ce que recouvre, par exemple, la notion "réserves de fluctuation" qui ne font pas partie de ces fonds libres.

En outre, l'OFAS a constaté que les commissions paritaires s'entendent plus difficilement sur la répartition des fonds libres lorsque celle-ci est induite par la loi (les éléments constitutifs de la liquidation partielle sont réunis) que lorsqu'une institution de prévoyance y procède de sa propre initiative. Et, en cas de réduction considérable de l'effectif du personnel ou de restructuration, la pression économique complique encore le travail des commissions paritaires qui tentent de trouver une solution consensuelle.

Pour les raisons qui précèdent, l'OFAS recommande la répartition volontaire et périodique des fonds libres. Cette solution présente en outre les avantages suivants:

- On satisfait ainsi au principe selon lequel le capital doit suivre les ayants droit qui l'ont constitué. Accumuler le plus de fonds libres possible pour rémunérer davantage, par exemple, les bonifications de vieillesse des employés qui restent ne correspond en effet pas à la volonté du législateur. Dans ce cas, le principe "le capital suit les ayants droit" est clairement violé au détriment des personnes sortantes que l'on exclut de la répartition des fonds libres.

- Les institutions de prévoyance n'ont en principe (dans les cas simples) besoin que d'une décision de l'organe paritaire pour répartir volontairement et donc périodiquement leurs fonds libres. Procéder de cette manière leur évite les laborieuses procédures de liquidation partielle faisant appel à des experts et aux autorités de surveillance.

- La complexité de certains cas oblige de plus en plus les institutions de prévoyance à recourir à un conseil juridique, ce qui entraîne fréquemment pour elles des coûts disproportionnés avec le montant des fonds à répartir. Or en répartissant régulièrement les fonds libres, elles évitent de tels coûts supplémentaires

- Le travail administratif pour retrouver après coup les adresses des ayants droit à prendre en considération est à la fois lourd et coûteux. En procédant régulièrement à la répartition des fonds libres, on dispose ainsi toujours des données nécessaires qui sont à jour.

Au vu de ce qui précède, nous sommes convaincus qu'une répartition périodique des fonds libres présente, et de loin, plus d'avantages que d'inconvénients pour les institutions et pour toutes les personnes concernées.

304 Garantie de l'exécution de liquidations partielles par l'organe de contrôle

Depuis l'entrée en vigueur, en 1995, des dispositions applicables en cas de liquidation partielle (art. 23 LFLP), la jurisprudence et la pratique ont développé des principes permettant de déterminer dans quel cas précis une entreprise ayant réduit son

personnel ou ayant procédé à une restructuration remplit les conditions d'une liquidation partielle. L'OFAS est convaincu que les institutions de prévoyance appliquent correctement ces principes dans la grande majorité des cas.

En revanche, en sa qualité d'autorité de surveillance des institutions de prévoyance collectives ou communes, l'OFAS a dû constater, suite à des questions, plaintes ou recours d'assurés, que dans certains cas, même si les conditions étaient manifestement remplies, la liquidation partielle n'avait cependant pas été effectuée. Il a remarqué une tendance à retarder la liquidation partielle au-delà des délais acceptables ou même à l'éviter, précisément lorsque les réductions d'effectif s'effectuent en douceur. Cela peut tenir au fait que certains employeurs sont plutôt opposés à une liquidation partielle et que les institutions communes et collectives ou les institutions qui les ont fondées (banques, assurances,associations prof.) ne veulent pas déplaire à leurs "clients" ni risquer de les perdre.

Ces questions, plaintes et recours ont également mis en évidence la profonde méfiance à l'égard des institutions de prévoyance et de la prévoyance professionnelle en général que ces manières de procéder avaient éveillée chez les ayants droit concernés. Par ailleurs, les médias ont dénoncé certains cas d'abus.

L'OFAS se voit donc dans l'obligation de prendre des mesures appropriées à l'égard des institutions de prévoyance soumises à sa surveillance pour corriger les errements constatés dans ce domaine. En pratique nous projetons de faire examiner par les organes de contrôle si les éléments constitutifs d'une liquidation partielle ont été reconnus et si la liquidation a bien eu lieu. Les organes de contrôle en procèderont à cet examen par sondage.

Cette nouveauté vise principalement, d'une part, à renforcer la confiance placée dans la prévoyance professionnelle et dans les institutions s'occupant de son application, et d'autre part à garantir à tous les ayants droit un traitement équitable et conforme au droit

Jurisprudence

305 Surindemnisation

(Référence à l’arrêt du 19.1.2000 en la cause D. R., B 20/99; arrêt rendu en français)

(Art. 24 OPP 2)

Résumé des faits

Le recourant, qui est au bénéfice d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents, prétend à une rente d'invalidité LPP. La caisse de pension refuse d'allouer cette prestation au motif que le versement de celle-ci conduirait à une surindemnisation.

En droit
Le règlement de la caisse prévoit que si le décès ou l'invalidité résulte d'un événement donnant droit à des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, la caisse réduit ses prestations de manière à ce qu'il n'en résulte aucune surindemnisation.

Le recourant fait valoir que la limite de surindemnisation de 90 % inscrite à l'art. 24, al. 1, OPP 2 ne lui est pas applicable, faute d'être fixée dans le règlement. Il allègue que la caisse aurait dû prévoir expressément une disposition réglementaire relative d'une part au principe de la réduction des prestations d'invalidité et d'autre part à la fixation du plafond de 90 %. Citant l'art. 24, al. 1, OPP 2, il est d'avis que si le Conseil fédéral avait voulu que la réduction s'applique indépendamment d'une norme réglementaire de l'institution de prévoyance, il aurait dit : «Les prestations d'invalidité et de survivants sont réduites dans la mesure…».

De l'avis du TFA, ce raisonnement n'est pas pertinent. En effet, selon la jurisprudence, ce qui importe au regard des exigences minimales de la LPP (art. 6 LPP), c'est que l'assuré reçoive, pour la prévoyance obligatoire, une rente qui ne puisse être réduite que dans les limites et aux conditions de l'art. 24 OPP 2. La limite de 90 % inscrite à l'al. 1 de cette disposition est une exigence minimale, qui s'impose à la caisse de pension. Le libellé du règlement n'est donc pas déterminant en ce qui concerne la surindemnisation dans la prévoyance obligatoire.

Le TFA rappelle également quelques principes concernant la notion et la détermination du «gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé». Ce gain consiste dans le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité au moment où s'effectue le calcul de la surindemnisation. Cela peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de la surindemnisation, si l'on peut admettre, concrètement, que le montant de ce revenu hypothétique se serait modifié de manière importante, c.-à-d. de 10 % au moins (ATF 125 V 164 consid. 3b et les références). Ce système se distingue clairement de celui qui prévaut en matière de rentes complémentaires d'invalidité selon l'art. 20, al. 2, LAA, où la limite de la surindemnisation, en cas de concours entre une rente de l'AI et une rente de l'assurance-accidents, correspond à 90 % du gain assuré, soit, en principe, du salaire que l'assuré a gagné dans l'année qui a précédé l'accident (ATF 122 V 155 consid. 3c).

Le TFA rejette en outre l'argumentation du recourant selon laquelle il y a lieu de calculer le gain dont on peut présumer qu'il est privé en se fondant sur le salaire médian figurant dans l'enquête suisse sur la structure des salaires. Une telle manière de procéder irait à l'encontre des principes développés par la jurisprudence dans le cadre de l'art. 24 OPP 2 (ATF 123 V 94 consid. 4a et 210 consid. 5c in fine), où il n'est question, pour ce qui est du revenu provenant d'une activité lucrative (art. 24, al. 2, dernière phrase, OPP 2), que des revenus effectifs.

306 Indemnité de dépens et compétence du Tribunal fédéral des assurances

(Référence à l'arrêt du TFA du 3.4.2000 en la cause L. contre Fondation de prévoyance du personnel de X. AG et Tribunal administratif du canton de Berne; arrêt rendu en allemand; changement de jurisprudence)

(73 al. 2 LPP, 97ss., 128 et 159 al. 2 OJ)

Résumé des faits

L'assurée L. a ouvert action contre la Fondation de prévoyance du personnel de X. AG (ci-dessous X.) pour exiger le versement de ses prestations de prévoyance à concurrence de Fr. 95'622.40. Le Tribunal administratif du canton de Berne a refusé d'entrer en matière pour cause d'incompétence matérielle et a condamné la demanderesse à verser à X. une indemnité à titre de dépens de Fr. 14'750.15. L. a intrejeté un recours de droit public au Tribunal fédéral contre la décision du tribunal cantonal en tant qu'elle la condamne aux dépens. Après un double échange de vues entre le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances, ce dernier s'est déclaré compétent et a traité le recours de droit public comme un recours de droit administratif.

En droit

Selon la jurisprudence actuelle, l'indemnité de dépens allouée par les tribunaux cantonaux est une question de droit cantonal de procédure que le TFA n'examine pas, étant donné que le droit fédéral n'en prévoit pas expressément (ATF 124 V 286 c. 2 avec renvois, ATF 112 V 111). Jusqu'à présent, le TFA a déclaré en principe irrecevable les recours de droit administratif contre les décisions fondées sur le droit cantonal de procédure, notamment celles relatives aux dépens (ATF 112 V 111).

Exceptionnellement, le recours de droit administratif était ouvert, lorsqu'une décision de non-entrée en matière basée sur le droit cantonal violait le droit fédéral ou empêchait l'application du droit matériel fédéral (ATF 120 Ib 382 c. 1b , 114 V 205 c. 1a, 112 V 112) ou encore lorsque le droit cantonal avait été appliqué à tort en lieu et place du droit fédéral (ATF 109 V 232).

Toujours d'après cette jurisprudence constante, le TFA n' examinait la question de l'indemnité de procédure et des dépens que si le recours de droit administratif portait également sur le fond. Par contre, seule la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral était ouverte en ce qui concerne le droit cantonal de procédure en tant que tel, sans relation avec des aspects de droit matériel (ATF 123 II 361 c. 1 a/aa, 122 II 274 c. 1b/aa, 277 c. 1b/aa et bb et 278 c. 1b/bb et ATF 123 I 275 c.2; voir aussi SZS 1987 p.209 et 1997 p.408).

Mais la jurisprudence susmentionnée a abouti à un "splitting" ("Gabelung") des voies de droit incompatible avec les principes de l'unité, de la gratuité et de la simplicité de la

procédure (cf art. 85 al. 2 LAVS, 103 al. 4 LACI, 73 al. 2 LPP; voir aussi ATF 125 V 341 c. 3a, 123 V 114 c. 3, 122 II 277 c. 1b/aa).

Il se justifie par conséquent de modifier la jurisprudence dans le sens suivant: des normes susmentionnées aménageant la procédure cantonale en matière d'assurances sociales, ainsi que du principe de l'unité de la matière et de la procédure, il résulte que l'objet litigieux de la procédure (en l'espèce l'indemnité de dépens) fait partie du droit public fédéral, même s'il s'agit d'une contestation de pur droit cantonal de procédure. Le droit régissant l'objet litigieux au fond détermine aussi la compétence matérielle. Cet élargissement de la compétence du TFA vaut aussi lorsqu'il s'agit uniquement de la contestation d'une décision (incidente) de pur droit cantonal de procédure et cela, indépendamment d'un éventuel recours sur le fond. Il existe donc une base décisionnelle de droit fédéral lorsque l'objet litigieux sur le plan du droit matériel - et sur lequel se fonde la procédure - fait partie du droit fédéral de la sécurité sociale.

En condamant L. à verser une indemnité de dépens à l'nstitution de prévoyance X., le tribunal cantonal a violé le droit fédéral qui garantit la gratuité de la procédure à l'art. 73 al. 2 LPP. Ce n'est que si la partie agit avec témérité ou légèreté que des frais de procédure peuvent être mis à la charge de celle-ci. Ce principe vaut pour l'ensemble des assurances sociales, y compris la prévoyance professionnelle et l'assurance-chômage (cf art. 85 al. 2 lettre a LAVS, 103 al. 4 LACI, 108 al. 1 lettre a LAA, 87 lettre a LAMal, 106 al. 2 LAM, 73 al. 2 LPP).

L'art. 159 al. 2 OJ stipule que dans les procédures de recours et d'action de droit administratif, aucune indemnité n'est allouée, en règle générale, aux autorités qui obtiennent gain de cause et aux organismes chargés de tâches de droit public. Cette règle s'impose aussi aux institutions et aux assureurs actifs dans la prévoyance professionnelle (ATF 118 V 169 c. 7, 117 V 349 c. 8).

Le principe de la gratuité de la procédure en matière d'assurances sociales vise à éviter que l'assuré, partie socialement faible, renonce à faire valoir ses droits par crainte de devoir payer une indemnité de dépens à l'assureur qui obtiendrait gain de cause. A plus forte raison, l'instance inférieure ne saurait violer le principe de la gratuité en condamnant une partie à verser à l'autre une indemnité de dépens. Le principe de l'art. 159 al. 2 OJ s'applique aussi en procédure de première instance dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

En l'espèce, L. n'a pas agi à la légère ou de façon téméraire, car il était difficile de faire la distinction entre les différentes procédures en matière de droit civil, de prévoyance professionnelle (73 LPP) et de surveillance (74 LPP).

307 Principe procédural de la maxime d'office

(Référence à l'arrêt du du 21 janvier 2000 en la cause M. S. D., B 40/99; arrêt rendu en allemand)

(art. 73 al. 2 LPP; statuts de la caisse de pension et dispositions des conditions générales).

Le principe procédural de la maxime d'office qui a également cours en matière d'assurances sociales inclut l'application d'office du droit. Cela vaut aussi pour l'interprétation d'un contrat de prévoyance qui, en tant que contrat innommé, est régi par les dispositions figurant dans les conditions générales.

Cela signifie concrètement qu'une réserve figurant dans un règlement constitue en soi une formulation préalable du contenu du contrat de prévoyance et doit donc se comprendre et s'interpréter comme un élément des conditions générales du contrat.

La caisse a formé recours de droit administratif *en concluant entre autres à la conformité au droit d' une réserve formulée dans une lettre de mai 1985 et portant exclusion de toutes prestations futures en raisons de lésions oculaires pré existantes.* Les premiers juges ont confirmé cette manière de voir; ils ont toutefois été de l'avis qu'une rente devait être allouée sans réserve à la recourante du fait que son invalidité partielle était imputable à d'autres affections que les douleurs oculaires alléguées. La caisse soutien en revanche que les lésions oculaires en question constituent l'unique cause de l'incapacité partielle de travail. Préjudiciellement, *l'assurée conteste la validité de la réserve en tant que telle.*

Le TFA constate d'abord que les statuts de janvier 1982 ne prévoient nullement la possibilité d'une réserve. Au demeurant, une telle réserve ne peut se déduire d'autres dispositions des statuts, à la faveur du principe "a maiore minus" par exemple.

Il estime ensuite, contrairement à l'avis des premiers juges, qu'une réserve n'a pas été formulée de manière juridiquement valable par un avenant au contrat de prévoyance. En matière de prévoyance professionnelle facultative - dont il est question ici - le rapport de droit repose sur un contrat de prévoyance qui, en tant que contrat innommé, est également régi par les dispositions générales du droit des obligations. Le règlement doit par conséquent être considéré comme un élément des conditions générales du contrat de prévoyance. La communication du mois de mai 1985, à laquelle il est fait allusion plus haut, faisait état d'une augmentation du salaire assuré à laquelle correspondait une augmentation de la rente annuelle. La réserve, portée au verso de la lettre, tenait en quatre lignes dactylographiées; une signature ne figurait qu'au recto; au surplus, la lettre en question tenait également lieu de certificat d'assurance. Aussi ne peut-on reprocher dans un tel cas à l'assurée de ne pas avoir répondu à l'envoi précité.

Etant donné que la réserve d'assurance était en soi déjà non avenue ainsi que cela ressort de ce qui précède, le TFA ne s'est pas prononcé sur la question de savoir à quel genre d'affections l'invalidité de l'assurée était due.

308 Quand peut-on renoncer à une liquidation partielle?

Décision de la Commission fédérale de recours du 20 août 1999 en la cause L.B. et consorts contre Département de justice du canton de Bâle-Ville

Dans cette affaire se posait la question de savoir dans quels cas il était possible de renoncer à une liquidation partielle. La Commission fédérale de recours a laissé ouverte la question de savoir si l'on peut renoncer à une liquidation partielle lorsque les fonds libres de l'institution de prévoyance atteignent au moins 10 % du capital de couverture.

Il ne peut être répondu de manière générale à cette question. En effet, de l'avis de la Commission fédérale de recours, une réserve de 10 % du capital de couverture peut s'avérer soit insuffisante, soit disproportionnée. Il incombe par conséquent à l'expert en matière de prévoyance professionnelle d'établir que, dans le cas d'espèce, il existe des réserves suffisantes pour procurer des fonds libres aux destinataires en plus de leurs prestations de sortie.

Même si - comme dans la présente affaire - les fonds libres atteignent les 5 % et que l'institution de prévoyance est complètement réassurée, l'expert doit quand même se prononcer, en ce qui concerne cet aspect, sur l'intérêt au maintien de l'institution de prévoyance et, le cas échéant, inviter l'autorité de surveillance à renoncer à la liquidation.

L'expert doit en outre tenir compte de ce qui suit:

Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. D'après l'alinéa second de ce même article, elles régleront leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la LPP puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles. Le principe de la sécurité financière qui découle de ces dispositions vaut tant pour la prévoyance obligatoire que celle plus étendue. Le maintien durable de l'institution de prévoyance grâce à des structures financières solides nécessite en général l'existence de réserves suffisantes qui ne soient pas affectées à la couverture des prestations réglementaires en cas de liquidation partielle. Ce principe s'impose à plus forte raison en cas de future liquidation partielle ou totale, où la fortune de l'institution de prévoyance retombera dans la masse des actifs à réaliser et sera ainsi soumise à des fluctuations de valeur.

En vertu de l'art. 62 LPP, l'autorité de surveillance doit s'assurer que l'institution de prévoyance respecte les dispositions légales et statutaires. D'après l'art. 84 al. 2 CC, elle doit aussi pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Il est également du devoir de l'autorité de surveillance de protéger les destinataires contre des décisions arbitraires du conseil de fondation, y compris dans les cas où ceux-ci ne disposent pas de prétentions proprement juridiques contre la fondation. C'est pourquoi, il se justifie de conférer un certain pouvoir

d'appréciation à l'autorité de surveillance lorsqu'il s'agit d'approuver une éventuelle liquidation partielle, cela même en l'absence de réglementation particulière à ce sujet. Elle doit interdire de procéder à la liquidation partielle lorsque celle-ci risquerait de mettre en péril l'existence de la fondation de prévoyance. L'autorité de surveillance doit se fonder sur les conclusions de l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Elle ne pourra s'écarter de l'expertise que si elle constate que l'état de faits de celle-ci est inexact ou lacunaire ou encore si l'expertise est contradictoire ou refutée par une surexpertise.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 52

du 31 août 2000

EDITION SPECIALE

309 Accord entre la Suisse et l'UE - conséquences sur le 2ème pilier

1. Introduction

L'Accord signé avec l'UE a quelques conséquences sur le 2ème pilier, par le biais de la législation relative à la libre circulation des personnes. Toutefois ces conséquences sont de portée relativement restreinte, contrairement aux propos alarmistes et à des bruits de couloir que l'on a pu entendre dernièrement.

Afin de répondre aux différentes interrogations, mais aussi pour faire le point de la question, l'OFAS précise ci-après ce qu'il importe de savoir dans ce domaine, à la fois pour les assurés et pour les institutions de prévoyance.

La prévoyance professionnelle est englobée dans l'accord sur la libre circulation des personnes qui implique la coordination des systèmes de sécurité sociale (voir message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE du 23 juin 1999, - ci-après : le message - FF 1999, ch. 273.12). Cette coordination des systèmes de sécurité sociale est avant tout destinée à assurer le maintien des droits acquis par un travailleur sous le régime d'un Etat contractant lorsqu'il quitte cet Etat pour se rendre dans un nouvel Etat.

La prévoyance professionnelle fait pleinement partie du régime suisse de la sécurité sociale, tel que défini aux articles 111 et 113 Cst (art. 34quater aCst). Il s'agit toutefois de la prévoyance professionnelle minimale obligatoire au sens de la LPP qui entre en considération avant tout ici.

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

En revanche, pour ce qui est de la prévoyance surobligatoire, elle n'est pas soumise à l'accord sur la libre circulation des personnes au titre des règlements de coordination de la sécurité sociale, mais elle est comprise dans le champ d'application de la directive relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire.

Il y a donc une différence dans le traitement des deux formes de prévoyance, ainsi qu'on l'explique ci-après.

2. Législation européenne applicable à la prévoyance professionnelle

Comme pour l'ensemble des assurances sociales, conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes (art. 8 et annexe II), ce sont principalement les règlements 1408/71[1] et 574/72[2] qui s'appliquent à la LPP, à l'instar des autres régimes **légaux** de sécurité sociale (art. 4 R 1408/71). Ces règlements constituent des dispositions de coordination. Ils ne visent toutefois que la prévoyance obligatoire.

La disposition du Règlement 1408/71 qui nécessitera une adaptation de la LPP est le fait qu'il interdit le remboursement de cotisations aux assurés qui, ayant cessé d'être assujettis à l'assurance obligatoire d'un Etat membre, sont soumis à celle d'un autre Etat membre, à titre obligatoire (art. 10 al. 2 R 1408/71). Or, le paiement en espèces de la prestation de sortie est précisément assimilé à un remboursement de cotisations au sens de cette réglementation.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'Accord CH-UE, l'interdiction du paiement en espèces de la prestation de libre passage ne sera effectif qu'après une période transitoire de 5 ans dès l'entrée en vigueur de l'Accord. Etant donné les retards pris par la ratification de cet accord dans les différents Etats, il est vraisemblable que l'Accord CH-UE entre en vigueur le 1er juillet 2001. Cette disposition s'appliquera donc, cas échéant, au 1er juillet 2006.

La prévoyance professionnelle est également touchée par une autre disposition du droit communautaire. Il s'agit de la directive 98/49[3] sur la sauvegarde des droits à une pension complémentaire.

---

[1] Règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Ce règlement a été modifié et mis à jour par les Règlements nos 118/97, du 2 décembre 1996; 1290/97 du 27 juin 1997; 1223/98 du 4 juin 1998; 1606/98 du 29 juin 1998 et 307/99 du 8 février 1999.

[2] Règlement (CEE) no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté; ce règlement a été mis à jour par les Règlements nos 118/97, du 2 décembre 1996; 1290/97 du 27 juin 1997; 1223/98 du 4 juin 1998; 1606/98 du 29 juin 1998 et 307/99 du 8 février 1999.

[3] Directive 98/49/CE du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Cette directive concerne "(…) le maintien des droits aux pensions acquis aux affiliés d'un régime complémentaire de pensions pour lesquels des cotisations ne sont plus versées à ce régime du fait qu'ils ont quitté un Etat membre pour un autre, à un niveau comparable à celui dont bénéficient les affiliés pour lesquels des cotisations ne sont plus versées mais qui restent dans le même Etat membre (…)", selon son art. 4. Il s'agit des droits à pensions issus de régimes professionnels établis selon la législation nationale, pour les travailleurs qui ont quitté un Etat membre, selon le principe de l'égalité de traitement avec les travailleurs restés dans cet Etat.

Les exigences minimales pour le maintien des droits à une pension et la garantie de leur versement, fixées par cette directive, s'appliquent aux domaines non couverts par le règlement 1408/71. Cette directive couvre donc la prévoyance professionnelle surobligatoire. Elle est entrée en vigueur le 25 juillet 1998, mais elle prévoit que les Etats membres disposent d'un délai transitoire de 36 mois dès son entrée en vigueur, pour rendre leur législation conforme, de sorte qu'elle ne déploiera ses effets qu'à partir du 26 juillet 2001.

Cette directive ne pose pas de problèmes particuliers pour la prévoyance surobligatoire. Nous la signalons cependant à titre informatif.

3. L'application de ces dispositions par les institutions de prévoyance

31. L'application de la LPP, de la LFLP et de la LEPL

L'Accord ne modifie pas la LPP et les autres lois relatives au libre passage et à l'encouragement au logement qui restent applicables telles qu'elles. Cela signifie que les institutions de prévoyance ne devront pas prévoir de modifications dans leurs règlements, ni prévoir des dispositions d'adaptation.

La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'âge de la retraite (ATF 120 V 306) s'applique de la même manière qu'actuellement. Ainsi, un assuré qui atteint l'âge de 60 ans et qui quitte la Suisse a droit, conformément à cette jurisprudence, non pas à une prestation de libre passage, mais à une rente, si le règlement prévoit une rente anticipée à cet âge. L'institution de prévoyance doit payer cette rente à l'étranger, comme c'est le cas actuellement.

Les indépendants qui désirent obtenir leur prestation de sortie en espèces peuvent percevoir cette dernière à tout moment en Suisse (voir ATF 117 V 106). En revanche, les travailleurs salariés qui se rendent à l'étranger pour débuter une carrière d'indépendant ne peuvent percevoir leur prestation de sortie en espèces que pour autant qu'ils ne soient plus assurés à titre obligatoire dans l'Etat en question. Il leur appartiendra alors d'en fournir la preuve à l'institution concernée.

32. Le paiement en espèces de la prestation de sortie

La prestation de sortie qui correspond au minimum LPP (avoir de vieillesse) ne pourra plus être payée en espèces, lors du départ de la Suisse, **au terme du délai transitoire de cinq ans dès l'entrée en vigueur de l'Accord**, à un travailleur (salarié ou indépendant) qui est toujours assuré à titre obligatoire dans l'Etat membre de l'Union.

Dès lors, aussitôt cette clause en vigueur, les institutions de prévoyance devront, avant de payer la prestation en espèces, exiger des demandeurs qu'ils fournissent la preuve du non assujettissement à un régime d'assurance selon la législation de l'Etat en question. Il n'appartient pas à l'institution de prévoyance d'apprécier si le régime en question s'apparente ou non à la LPP. Il s'agit d'une assurance obligatoire au regard de la législation nationale. L'institution doit seulement s'assurer que la preuve fournie par l'assuré est suffisante pour admettre le paiement. Ce sera, par exemple, le cas d'une attestation de l'organisme de sécurité sociale étranger ou d'un ministère. En cas de doute, les institutions de prévoyance s'adresseront à l'OFAS. Les institutions qui paieraient en espèces la prestation sans prendre les précautions minimales exigées s'exposent à devoir payer une seconde fois cette dernière, si l'assuré la réclame au moment de prendre sa retraite.

La prestation de sortie de la prévoyance enveloppante peut, par contre, continuer à être payée en espèces, sur demande de l'assuré.

L'institution de prévoyance qui pratique la prévoyance plus étendue déterminera quelle est la part de la prestation de sortie qui correspond au minimum LPP. Cette opération ne lui causera aucun surcroît de travail, car déjà actuellement, elle doit procéder à l'établissement de ces données conformément à l'art. 8 LFLP.

Lorsqu'il ne lui est pas possible de verser le montant de la prestation de sortie en espèces, l'institution de prévoyance transférera cette prestation sur un compte ou une police de libre passage, au choix de l'assuré, conformément à ce qu'elle ferait pour un assuré en Suisse. Si l'assuré n'a pas donné d'indications, ladite prestation devra être versée au plus tard deux ans après la sortie de l'institution, auprès de l'institution supplétive (art. 10ss OLP). A noter que l'institution de prévoyance ne versera jamais la prestation de sortie correspondant à la prévoyance surobligatoire en espèces, sans recevoir de demande formelle de l'assuré.

Le **transfert** d'une prestation de sortie (minimum LPP ou prévoyance surobligatoire) d'une institution suisse vers une institution étrangère n'est pas possible, même s'il s'agit d'une institution de prévoyance et/ou que cette mesure permet à l'assuré de maintenir sa prévoyance acquise ou de l'améliorer. En effet, l'assuré a droit à sa prestation de sortie en espèces, s'il remplit les conditions s'agissant du minimum LPP, libre ensuite à lui de la transférer auprès d'une nouvelle institution conformément au droit de l'Etat en cause. Par contre, s'il est assuré dans l'Etat de l'UE, il ne peut pas percevoir la prestation de sortie correspondant au minimum LPP qui doit rester sur un compte bloqué ou une police bloquée en Suisse.

Cette règle s'applique pour les assurés qui quittent la Suisse pour se rendre dans un Etat membre de l'Union européenne, quelle que soit la nationalité des personnes (suisses, ressortissantes d'un Etat membre de l'UE et ressortissants étrangers). En revanche, cette règle ne s'applique pas encore dans les pays de l'EEE non membres de l'UE[4]. Cependant, une réglementation est en préparation pour faire appliquer les mêmes dispositions concernant le libre passage aux Etats EEE non membres de l'UE. Le moment venu, l'OFAS donnera les informations utiles.

Bien entendu, cette restriction au paiement en espèces ne concerne pas le cas de personnes, suisses ou ressortissantes d'un Etat membre de l'UE, qui quittent la Suisse pour se rendre dans un Etat tiers, autre que membre de l'UE.

En ce qui concerne l'accès au logement au moyen des fonds du 2ème pilier, l'Accord ne change en rien notre législation dans ce domaine. Les personnes qui résident dans un Etat membre de l'UE ont donc la possibilité d'investir les fonds du 2ème pilier dans leur logement aux mêmes conditions qu'actuellement. Il n'y a aucune différence : les personnes qui sont en Suisse pour une courte durée et dont la famille réside à l'étranger peuvent recevoir les fonds de leur deuxième pilier. Par contre, si la famille est en Suisse avec l'assuré, il n'est pas possible de verser les fonds.

A noter aussi que la réglementation issue de l'Accord ne s'applique pas au 3ème pilier qui continue à être réglé comme c'est le cas jusqu'ici.

33. L'organisme de liaison

L'Accord apporte une nouveauté en ce sens que le fonds de garantie fonctionnera désormais comme organisme de liaison. Cela signifiera que le fonds de garantie sera compétent pour centraliser les demandes qui émanent d'assurés, d'organismes étrangers et de particuliers sur notre législation en matière de prévoyance professionnelle, et d'y donner les informations requises. Le fonds de garantie pourra aussi transmettre les questions que se posent les institutions de prévoyance suisses sur la législation étrangère à l'organisme de liaison compétent de l'Etat concerné de l'UE. Il n'y a aucune incidence sur les institutions de prévoyance, sauf que celles-ci pourront adresser leurs questions au fonds de garantie.

Pour tout complément sur la législation européenne par rapport au deuxième pilier, la division internationale ou la division prévoyance professionnelle de l'OFAS sont à disposition.

[4] Les Etats de l'EEE non membres de l'UE sont : la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53

du 5 octobre 2000

TABLE DES MATIERES

Indications

310 Nouvelles dispositions légales sur la protection des données dans la LPP
311 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation 2001

Prise de position de l'OFAS

312 Précisions concernant l'article 59 OPP 2
313 Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage
314 Age de la retraite des femmes dans la LPP dès 2001
315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage

Jurisprudence

316 Réticence
317 Prescription et affiliation d'office
318 Contestation entre ayant droits et employeurs
319 Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse
320 Droit applicable à la prestation de sortie
321 Récusation et adaptation des rentes au renchérissement
322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse
323 Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions par l'employeur
324 Interruption du lien de connexité temporelle
325 Liquidation partielle; répartition des fonds libres
326 Cession du droit aux prestations; compétence du juge selon l'article 73 LPP; qualité pour recourir; moment où les prestations deviennent exigibles
327 Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité

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

310 Nouvelles dispositions légales sur la protection des données dans la LPP

Actuellement, la communication des données ainsi que les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle sont régies dans une ordonnance du Conseil fédéral, du 7 décembre 1987[1]. Cette ordonnance s'appuie sur l'article 86 LPP qui a trait à l'obligation de garder le secret en matière de prévoyance professionnelle et qui donne au Conseil fédéral le soin de régler les exceptions, ainsi que sur l'article 87 LPP où ce dernier peut obliger les organes de l'AVS/AI à fournir tous les renseignements nécessaires aux institutions de prévoyance notamment. En résumé, sur la base de l'ordonnance, les institutions de prévoyance peuvent être libérées du maintien du secret à l'encontre d'une liste de personnes et d'autorités, comme c'est le cas en particulier dans les réglementations parallèles de l'AVS/AI. Réciproquement, il en est de même pour d'autres organes des assurances sociales en faveur des institutions de prévoyance et autorités chargées de l'application de la LPP. Comme on peut le constater, cette levée du secret et les renseignements délivrés de part et d'autre entre les différents organes de l'assurance sociale peuvent s'avérer indispensables à une bonne application de la LPP.

La loi fédérale sur la protection des données (LPD), entrée en vigueur le 1er juillet 1993, **vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux** des personnes qui font l'objet d'un traitement de données personnelles et elle exige surtout que de telles données ne peuvent en principe être communiquées que s'il existe une base légale, en d'autres termes que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Pour la sécurité du droit et la simplification des textes, il est en outre nécessaire d'harmoniser des matières -comme le maintien du secret et ses exceptions- qui sont traitées dans toutes les lois et ordonnances sur les assurances sociales. C'est pourquoi, les Chambres fédérales ont adopté, le 23 juin 2000, les différentes modifications de lois d'assurances sociales dans le domaine du traitement de données personnelles, dont la teneur, en règle générale, pour ce qui est des principes généraux, est identique d'une assurance à l'autre, au vu des considérations ci-devant. Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1er janvier 2001. Pour la prévoyance professionnelle, elles font l'objet des nouveaux articles 85a ss. LPP[2]. Vous trouverez en annexe, pour toutes informations utiles, le texte légal des dispositions précitées. Pour l'essentiel, nous pouvons relever ce qui suit:

---

[1] Cf Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux organes de l'AVS/AI (OSRPP; RO 831.462.2).

[2] Cf. Modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), du 23 juin 2000; FF 2000 3352 (http://www.bk.admin.ch/ch/f/ff/2000/index0_26.html).

L'article 85 a touche **le traitement de données personnelles**, y compris les données sensibles et les profils de la personnalité que les organes chargés d'appliquer la LPP doivent pouvoir connaître et traiter **dans des buts particuliers**. Par exemple, pour les institutions de prévoyance, afin de calculer et percevoir les cotisations ou calculer le montant des prestations, voire de les coordonner avec celles d'autres assurances sociales en vue d'éviter une surassurance.

L'article 85b règle la **consultation du dossier** et, par conséquent, la levée du secret **à l'égard de personnes ou autorités expressément habilitées**, en premier lieu l'assuré lui-même.

L'article 86 concerne **l'obligation de garder le secret** et n'apporte pas d'éléments nouveaux par rapport à l'article 86 LPP actuel, seule la formulation est quelque peu différente.

L'article 86a vise la **communication des données** et il correspond en bref à l'article 1, alinéa 1, de l'OSRPP. Il distingue cependant les cas où des données ne peuvent être communiquées **que si le destinataire en a fait la demande écrite et motivée dans un cas d'espèce**, des cas où les communications circulent spontanément ou sur demande. En outre, dans les cas où la communication de données personnelles à des tiers n'est pas expressément prévue, le **consentement de la personne concernée** est nécessaire.

L'article 87 régit **l'obligation de renseigner** les organes chargés d'appliquer la LPP et correspond en quelque sorte à l'article 2 OSRPP et l'article 93 LAVS (l'entraide administrative).

Vous trouverez de plus amples détails sur ces modifications de la LPP dans le message du Conseil fédéral.[3]

311 Fonds de garantie LPP: taux de cotisation 2001

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2001 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,05% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Ainsi, ces taux demeurent inchangés.

[3] Cf Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999; FF 2000 219; http://www.bk.admin.ch/ch/f/ff/2000/index0_5.html

Comme pour l'année précédente, ces taux ont été calculés sur la base du nouveau système de financement selon lequel toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Les subsides pour structure d'âge défavorable sont financés par les cotisations des institutions inscrites au registre de prévoyance professionnelle. La base de calcul est la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de cotiser pour leurs prestations de vieillesse.

Les prestations pour insolvabilité et les autres prestations sont financées par les cotisations de toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP. La base de calcul est composée de la somme des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés calculée selon l'article 2 LFLP au 31 décembre et de la somme, multipliée par dix, de toutes les rentes selon le compte d'exploitation.

Prise de position

312 Précisions concernant l'article 59 OPP 2:

- **Extension des possibilités de placement;**
- **Précision du rapport explicatif sur le devoir de l'organe de contrôle dans le cadre de la révision de l'article 59 OPP 2**

La description relative au devoir de l'organe de contrôle dans le rapport explicatif de la révision de l'OPP 2 du 1er avril 2000 concernant l'article 59 (Bulletin no. 50, p.10ss.) n'est pas assez précise et conduit de ce fait à des questions.

Les institutions de prévoyance (IP) qui désirent étendre les possibilités de placements au-delà des limites inscrites dans l'ordonnance peuvent le faire, conformément à l'article 59, sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'article 49a et pour autant que l'application de l'article 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel, c'est-à-dire que les buts de la prévoyance ne soient pas mis en péril ou, en d'autres termes, que la réalisation actuelle et future des buts de la prévoyance soit assurée. Le condensé de ce rapport doit figurer dans l'annexe aux comptes annuels.

Conformément à l'article 35 OPP 2, l'organe de contrôle doit vérifier chaque année la conformité à la loi, aux ordonnances, aux directives et aux règlements (légalité) des comptes annuels et des comptes de vieillesse. Il doit également examiner chaque année la légalité de la gestion, notamment en ce qui concerne la perception des cotisations et le versement des prestations ainsi que la légalité du placement de la fortune.

L'organe de contrôle examine s'il existe un règlement de placement et si les dispositions réglementaires pour une extension des placements sont conformes à l'article 59 OPP 2. L'organe de contrôle est responsable de vérifier si le rapport est concluant, tout en examinant la méthodologie utilisée, les conditions appliquées (pour l'existence de réserves de fluctuations de cours par exemple) et la consistance du rapport. De plus, il vérifie si le condensé dans l'annexe correspond au contenu du rapport. Puis il établit son propre rapport recommandant d'approuver les états financiers de la fondation (rapport de l'organe de contrôle).

L'autorité de surveillance reçoit les comptes annuels ainsi que le rapport de l'organe de contrôle. Pour son travail de surveillance, l'autorité se base sur les documents reçus, c'est-à-dire le bilan, le compte d'exploitation et l'annexe, ainsi que le rapport de l'organe de contrôle. Elle ne reçoit pas le rapport concluant établi par les experts. L'autorité de surveillance ne le contrôle donc pas. Elle analyse les documents reçus et prend des mesures dans les cas où des dispositions légales ne sont pas respectées. L'autorité de surveillance agira dans les cas suivants: restrictions dans le rapport de l'organe de contrôle, appréciations manifestement erronées ou absence de règlement de placement.

Le choix de la stratégie des placements demeure clairement dans la sphère de responsabilité de l'organe supérieur de l'institution de prévoyance. L'organe de contrôle porte la responsabilité quant à l'exactitude de la comptabilité annuelle et, par là même, quant à la légitimité des éléments mentionnés dans les annexes, condensé y compris.

Cette pratique s'inscrit dans la procédure normale de contrôle des IP. La délimitation des responsabilités est ainsi précise et ne prête pas à confusion.

313 Calcul de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage

Le nouveau droit du divorce a donné lieu à de nombreuses demandes de précisions quant à l'application, notamment, des tableaux du Département fédéral de l'intérieur (DFI). L'OFAS publiera au fur et à mesure ses prises de positions pouvant intéresser la pratique, dans le bulletin.

Cas d'un assuré d'abord affilié à une première institution de prévoyance (IP) qui s'est ensuite marié avant de changer d'IP et qui est toujours affilié à la seconde institution de prévoyance, alors qu'il est en instance de divorce.

Comment calculer la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage à l'aide des tableaux du DFI?

Deux hypothèses sont envisageables:

a. Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est connu. La prestation de sortie à partager entre les époux correspondra alors à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage, conformément à l'article 22 alinéa 2 LFLP.

b. Le montant de la prestation de sortie au moment du mariage est inconnu, soit que la première IP n'a jamais calculé une telle valeur, soit que l'assuré ne dispose pas de décompte de libre passage au moment du mariage.

Dans ce second cas, le calcul au moyen des tableaux du DFI doit être basé sur la **dernière** prestation de sortie connue avant la date du mariage et la **première** prestation de sortie connue après la date du mariage. Il faut donc prendre les montants connus des prestations de sortie aux dates les plus proches possibles avant et après la célébration du mariage.

Si on connaît le montant de la prestation de sortie à une date antérieure au mariage, c'est ce montant qui servira de base de calcul. Il pourra s'agir soit du montant à la date d'entrée dans la première IP, soit du montant de la prestation de sortie à une date située entre l'entrée dans la première IP et le mariage. L'autre montant déterminant sera la valeur de la prestation de sortie à une date postérieure au mariage. Il faudra rechercher le montant de la prestation de sortie à la date la plus proche de celle du mariage, qui pourra correspondre le cas échéant à la date de la sortie de la première IP ou celle de l'entrée dans la nouvelle IP (voir **exemple 1**)

Si aucune prestation de sortie n'est connue entre la date d'entrée dans la première IP et la date du mariage, il faut effectuer le calcul en se basant sur une prestation égale à **zéro lors de la date d'entrée dans la première IP**. Les deux données du calcul seront, d'une part, zéro à la date d'entrée dans la première IP et, d'autre part, le montant de la première prestation de sortie connue après la date du mariage (voir **exemple 2**).

Si l'assuré fournit la preuve que la prestation de sortie s'élevait à tel montant déterminé à telle ou telle date, ce sont ce montant et cette date qui seront déterminants pour le calcul, et non pas la valeur zéro.

Il pourrait aussi arriver que l'on ne connaisse **que la date du mariage, mais pas celle de l'entrée dans la première institution** (avant le mariage). Dans ce cas-là, il faudrait se baser sur une valeur nulle à la date du mariage. Le calcul reviendrait alors à partager le montant de la prestation de sortie au moment du divorce.

Exemple 1

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts		
				jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP)	[1]	9.3.1988	10'000.-	[5] - 12'871.-	[8] 10'948.-	
Mariage	[2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP)	[3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
				[5] 67'129.- 26 % de ce montant [7] 17'454.-	[8] 17'454.-	

Prestation de sortie au moment du mariage	[8] **28'402.-**	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage		13'989.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts		42'391.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)	150'000.-	
Prestation de sortie à partager		**107'609.-**

Exemple 1: application du tableau [**6**]**:**

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ere prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26 %**

Exemple 2

		Date	Montant (fr.)	Montants (fr.) y compris intérêts jusqu'au 15.8.1994	jusqu'au 1.7.1990	jusqu'au 15.9.2000
Dernière prestation de sortie connue avant le mariage (entrée dans la 1ère IP)	[1]	9.3.1988	0.-	[5] 0.-	[8] 0.-	
Mariage	[2]	1.7.1990				
1ère prestation de sortie connue après le mariage (sortie de la 1ère IP, entrée dans la 2e IP)	[3]	15.8.1994	80'000.-	[5] 80'000.-		
				[5] 80'000.- 26 % de ce montant [7] 20'800.-	[8] 20'800.-	

Prestation de sortie au moment du mariage	[8] **20'800.-**	
Intérêts 4 % du 1.7.1990 (mariage) au 15.9.2000 (divorce) sur la prestation de sortie au moment du mariage		10'245.-
Prestation de sortie au moment du mariage avec les intérêts		31'045.-
Prestation de sortie au moment du divorce (15.9.2000)	150'000.-	
Prestation de sortie à partager		**118'955.-**

Exemple 2: application du tableau [6]:

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires:
1.1 Nombre d'années de cotisations entre la dernière prestation de sortie connue (9.3.1988) avant le mariage et la 1ere prestation de sortie connue (15.8.1994) après le mariage: 6.436 **6**
1.2 Nombre d'années de mariage contenues dans la période 1.1 précédente (1.7.1990-15.8.1994): 4.126 **4**
2. Valeur du tableau: **26 %**

314 Age de la retraite des femmes dès 2001dans la LPP

Le 1er janvier 2001, l'âge de la retraite des femmes dans l'AVS passe de 62 à 63 ans. A l'avenir, les femmes percevront leur rente entière de vieillesse dès le mois qui suit leur 63ème anniversaire, et non plus dès 62 ans. Elles auront toutefois la possibilité de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 62 ans, moyennant une réduction de leur rente de 3,4% par année. Rappelons que, pour les hommes le taux de réduction est de 6,8%. Par contre, pour éviter une réduction de la rente, de nombreuses femmes continueront à travailler jusqu'à l'âge de 63 ans.

Les dispositions concernant le relèvement de l'âge de la retraite de la 10ème révision de l'AVS n'ont pas été transposées dans la LPP. Le Parlement escomptait alors que la 1ère révision de la LPP aurait déjà abouti au moment de l'élévation de l'âge de la retraite des femmes dans l'AVS. Cette révision a cependant été retardée à cause des recherches préalables sur le besoin de financement de l'ensemble des assurances sociales et des prestations futures (IDA FiSo 1 et 2). Il s'ensuit que, dans la LPP, il subsiste un âge de la retraite "légal" pour les femmes de 62 ans (art. 13 al. 1).
Cela signifie que, dès l'année 2001, les femmes prendront leur retraite à 63 ans en matière d'AVS, mais pourront prendre leur retraite dès 62 ans dans le régime obligatoire de la LPP.

Il y a, dans la LPP quelques sensibles différences par rapport à l'AVS en matière d'âge de la retraite. En effet, l'âge de la retraite de la prévoyance professionnelle n'est ni uniforme, ni généralisé. Si le minimum obligatoire selon la loi fixe cet âge à 62 ans pour les femmes, la LPP laisse aux règlements des institutions de prévoyance le soin de fixer l'âge de la retraite déterminant. Ce dernier peut donc être, pour les femmes, soit un âge inférieur à 62 ans, soit, au contraire, un âge plus élevé. Actuellement, une grande majorité d'assurées et d'assurés est soumise à un âge de retraite différent que celui de la loi, et bon nombre d'institutions ont généralisé l'âge de la retraite égal pour hommes et femmes.

Le deuxième pilier est conçu comme un complément au premier pilier. De ce fait, les femmes devraient pouvoir maintenir leur prévoyance professionnelle au moins jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS (ou à un âge plus élevé, si le règlement le prévoit), aussi longtemps qu'elles exercent une activité lucrative. Jusqu'à ce moment-là, les femmes devront être considérées comme des assurés ordinaires: les bonifications de vieillesse et les intérêts continueront à être versés, tandis que le taux de conversion sera augmenté pour tenir compte du raccourcissement de la durée de la retraite. En cas de décès ou d'invalidité, les prestations seront calculées sur la base de la somme des bonifications de vieillesse projetée jusqu'à l'âge de 63 ans révolus. Les dispositions réglementaires devraient être adaptées en conséquence.

Ce n'est que si aucune solution de ce genre ne peut être trouvée qu'il faudrait, au titre de coordination minimale avec le premier pilier, pratiquer un ajournement pur et simple de la rente LPP jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS.

Et comme l'avoir de vieillesse continue de produire des gains pendant la période d'ajournement, de la même manière que l'avoir des assurés qui n'ont pas encore atteint l'âge de la retraite, il doit également continuer à rapporter des intérêts; en outre, le taux de conversion doit être adapté pour tenir compte de la réduction de la période de perception de la rente.

D'un autre côté, les femmes qui veulent prendre leur retraite à 62 ans (et anticiper, par exemple, leurs prestations AVS) ne peuvent en être empêchées. Selon les dispositions réglementaires en question, différents cas de figure sont envisageables:

- Si le règlement a maintenu l'âge ordinaire de la retraite des femmes à 62 ans, les femmes pourront sans autre percevoir leur rente de vieillesse à l'âge de 62 ans révolus.

- Si le règlement a maintenu l'âge ordinaire de la retraite des femmes à 62 ans, mais qu'il contient une disposition d'application de larticle 13 alinéa 2 LPP, la femme ne pourra alors demander la rente de vieillesse qu'au moment de la fin des rapports de travail.

- Si le règlement a fixé l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans (par exemple à 65 ans révolus) et s'il a prévu une possibilité de retraite anticipée à partir de 62 ans ou plus tôt, l'assurée aura la possibilité réglementaire de prendre sa retraite anticipée à un âge déterminé et de percevoir la rente à partir de cet âge-là. La rente sera alors réduite conformément aux dispositions réglementaires (les institutions de prévoyance qui ont fixé l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans ont en règle générale aussi prévu une telle possibilité de retraite anticipée dans leur règlement).

- Si le règlement fixait l'âge ordinaire de la retraite des femmes au-delà de 62 ans pour la prévoyance plus étendue, sans prévoir de possibilité de retraite anticipée au plus tard dès l'âge légal de la retraite, l'assurée pourrait demander le versement de la partie obligatoire de la rente de vieillesse dès 62 ans révolus et elle aurait droit à la partie plus étendue de la rente de vieillesse au moment de l'âge réglementaire de la retraite (cette assurée aurait alors une rente quelque peu réduite en comparaison avec une assurée qui aurait perçu la partie obligatoire de la rente seulement dès l'âge réglementaire de la retraite). Cette solution réglementaire nous semble peu praticable et il faudrait à notre avis y renoncer.

315 Limitation du nombre de comptes de libre passage ou de polices de libre passage

Ces derniers temps, l'OFAS s'est vu souvent poser la question suivante: un assuré peut-il avoir simultanément plusieurs comptes de libre passage ou polices de libre passage?

La loi fédérale sur le libre passage a été créée - comme le précise expressément le Message - pour empêcher la dispersion des avoirs du 2e pilier de l'assuré. En application de la loi, le Conseil fédéral a adopté l'article 12 alinéa 1 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), qui stipule que la prestation de sortie peut être transférée de l'institution de prévoyance compétente à deux institutions de libre passage au maximum. D'après l'article 12 alinéa 4 OLP, l'assuré a ultérieurement le droit de changer en tout temps d'institution de libre passage ou d'adopter une autre forme de maintien de la prévoyance. D'après la lettre de cette dernière disposition, le droit de l'assuré de changer en tout temps d'institution de prévoyance ou de forme de prévoyance ne lui permet pas de ventiler son avoir de libre passage en multipliant les comptes de libre passage ou les polices de libre passage.

Il résulte en outre de l'interprétation historique que les aspects fiscaux ont joué un rôle déterminant pour l'adoption de la limitation de l'article 12 OLP (Bulletin n° 30). Il serait donc contraire au sens de cette disposition d'admettre que la prestation de sortie puisse être ventilée sur une multitude de comptes de libre passage au sein d'une seule et même fondation de libre passage.

Cette limitation s'applique à chaque prestation de sortie prise isolément. Il serait donc admissible que chacune des prestations de sortie résultant de plusieurs rapports de prévoyance soit transférée à deux institutions de libre passage.

Jurisprudence

316 Réticence

(arrêt du TFA du 20.4.2000 en la cause Q., B 46/99; en français)

(art. 6 LCA)

Le 12 novembre 1988, Q. a rempli un questionnaire de santé à la demande de sa caisse de pensions M. Par lettre du 15 août 1996, M. a reproché à Q. d'avoir commis une réticence en remplissant le questionnaire de santé. M. a décidé de ne verser à Q qu'une rente d'invalidité totale réduite au minimum légal, à l'exclusion de toute prestation de la prévoyance plus étendue.

Le chiffre 3 de l'article 57 du règlement de la caisse de pensions M. a la teneur suivante:

"En cas d'infraction à l'obligation d'information, les prestations sont réduites au niveau obligatoire légal. Lors d'une demande de prestation, la caisse notifiera à l'assuré la réduction de prestation dans un délai de six mois. Ce délai ne commencera à courir que lorsque la caisse a acquis la certitude qu'il y a infraction à l'obligation d'information".

Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Jusqu'au 31 décembre 1994, l'article 57 du règlement ne comportait aucune disposition sur la réticence et le délai pour invoquer la violation de l'obligation d'informer. En relation avec l'ancienne teneur de cet article (avant le 1er janvier 1995), le TFA a jugé que si les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance sont muettes au sujet du délai dans lequel celle-ci peut invoquer une réticence, il faut appliquer par analogie l'article 6 LCA pour décider si l'assureur s'est départi du contrat ou a introduit une réserve en temps utile (ATF 119 V 287 consid. 5a). D'après l'article 6 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il eu connaissance de la réticence.

C'est la réglementation applicable lors de la commission prétendue de la réticence, soit le 12 novembre 1988, et non pas lors de la découverte de celle-ci qui est déterminante (ATF 121 V 100 c. 1a). L'article 57 ch. 3 du règlement de M. est donc inapplicable en l'espèce. L'article 6 LCA s'applique alors à titre supplétif et fixe à l'assureur un délai de quatre semaines pour se départir du contrat à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

En l'espèce, lorsque M. a écrit à Q. le 15 août 1996 pour invoquer la réticence, plus de 4 semaines s'étaient déjà écoulées depuis la connaissance de la prétendue réticence, que l'on tienne compte de l'une ou l'autre des deux dates alléguées par M. (le 20 juin ou le 9 juillet 1996). Le TFA a par conséquent admis le recours de Q.

317 Prescription et affiliation d'office

(arrêt du TFA du 1.5.2000 en la cause Fondation institution supplétive LPP, B 54/99; en français)

(art. 41 LPP, 130 CO)

D'après l'article 41 LPP, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les articles 129 à 142 CO sont applicables, en particulier l'article 130 alinéa 1 CO selon lequel la prescription court dès que la créance est devenue exigible. A titre exceptionnel, la prescription relative aux cotisations des années précédentes court seulement dès l'affiliation (obligatoire) à l'institution supplétive de la LPP, parce que cette décision crée un rapport juridique nouveau (RSAS 1994 p. 390 c. 3b; SVR 1996 BVG N° 46 c. 4 p. 137).

Il n'appartient pas au juge de constater d'office la prescription (art. 41 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 142 CO). Au contraire, ce moyen doit être expressément soulevé (RSAS 1994 p. 389 c. 3a). En l'espèce, comme le moyen de la prescription examiné d'office par le tribunal des assurances du canton de Vaud n'a pas été soulevé par l'intimé P, le jugement entrepris s'avère pour ce premier motif déjà contraire au droit (art. 104 let. a OJ). La juridiction cantonale a aussi violé le droit fédéral en considérant que la créance de la Fondation institution supplétive LPP était prescrite. En effet, le point de départ de la prescription selon l'article 41 alinéa 1 LPP est la décision d'affiliation rétroactive de P du 17 novembre 1995, de sorte qu'à ce jour, la prescription quinquennale n'est pas encore acquise. De plus, la prescription a été interrompue par le commandement de payer notifié par la Fondation à P le 29 juin 1998 et un nouveau délai de cinq ans a commencé à courir dès cette date.

318 Contestation entre ayant droits et employeurs

(arrêt du TFA du 6.12.1999 en la cause P.-W. contre Commune de D., B 4/99; en allemand)

(art. 73 LPP)

En date du 24 mars 1995, P.-W. , retraité depuis le 31 juillet 1994, a agi contre son ancien employeur la Commune de D. devant le Tribunal administratif du canton de Zurich, car il estime que D. aurait dû annoncer un salaire plus élevé et par conséquent verser plus de contributions LPP. P.-W. pourrait ainsi obtenir une rente plus élevée de la caisse de pension du personnel du canton de Zurich.
Le Tribunal administratif a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances. Ce dernier a nié la légitimation passive de la Commune de D.. P.-W. a alors recouru au TFA contre ce jugement cantonal.

La notion de contestation au sens de l'article 73 LPP comprend notamment les litiges entre les ayants droits et les employeurs. Il s'agira entre autres de contestations concernant les obligations de l'employeur, le montant des cotisations déductible du salaire de l'employé et transférable à l'institution de prévoyance, les prestations pécuniaires de la part de celle-ci ou encore l'accomplissement d'actes déterminés, tels que la remise de documents, la fourniture d'explications ou la communication de renseignements.
Si l'employeur annonce à la caisse de pensions un salaire de l'employé plus élevé (art. 10 OPP 2) et s'acquitte des cotisations proportionnelles à celui-ci (art. 66 al. 2 et 3 LPP), l'assuré dispose alors d'un droit à une rente plus élevée de la part de la caisse de pensions.
Il est possible d'agir devant le Tribunal des assurances au sens de l'article 73 LPP simultanément contre l'employeur et contre la caisse de pensions. L'assuré agira contre le premier pour faire constater que celui-ci aurait dû verser plus de contributions LPP sur la base d'un salaire plus élevé. De la part de la seconde, il exigera une rente plus élevée.
C'est donc à tort que le Tribunal cantonal des assurances a nié la légitimation passive de la Commune de D. en tant qu'ancien employeur de P.-W. Le TFA a par conséquent admis le recours de P.-W.

319 Conversion de la rente d'invalidité en rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 25.2.2000 en la cause C. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG., B 23/99; en allemand)

(art. 26 al. 3 LPP)

C. recevait depuis 1988 une rente d'invalidité LPP de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de S. AG (ci-dessous S) d'un montant annuel de Fr. 37'268.--. En 1997, se fondant sur le règlement de prévoyance de 1988, S. a annoncé à C. que sa rente d'invalidité était remplacée par une rente de vieillesse de Fr. 8'466.-- par an depuis mars 1996 et que C. devait lui restituer Fr. 43'203.– versés à tort. C. a recouru au Tribunal des assurances du canton de Soleure en concluant au versement d'une rente d'invalidité à vie prévue par le règlement de 1996, d'un montant que le tribunal jugera équitable.
Le Tribunal cantonal a accordé à C. une rente de vieillesse de Fr. 10'274.-- par année à partir du 1er octobre 1997, sur la base du règlement de prévoyance de 1988. C. a recouru au TFA et demande le versement d'une rente d'invalidité annuelle d'au moins Fr. 37'268.--.

Le montant des rentes à partir du 1er avril 1996 se détermine sur la base des dispositions transitoires du règlement de prévoyance du 1er janvier 1996.

Le chiffre 6.1 de ce même règlement stipule:

"*1. Les personnes affiliées à la caisse au 31 décembre 1995 sont soumises au présent règlement avec effet au 1er janvier 1996.*

2. Les rentes actuellement versées sur la base de l'ancien règlement restent inchangées (maintien des droits acquis)."

Le chiffre 6.1.2 a pour but de protéger le bénéficiaire d'une rente en cours contre une détérioration future de sa situation. Cette disposition n'exclut cependant pas des prestations plus élevées. En outre, selon le chiffre 6.1.1, les personnes affiliées jusqu'alors sont désormais soumises au nouveau règlement. En définitive, le droit à la rente en tant que tel est régi par l'ancien règlement de 1988, tandis que la continuation du versement de la rente après le 1er janvier 1996 dépend du nouveau règlement de 1996. En l'espèce, C. a acquis son droit à une rente d'invalidité sous le régime du règlement de 1988 et conserve un tel droit, conformément au chiffre 6.1.2 du règlement de 1996. Mais comme d'après le chiffre 6.1.1 susmentionné, c'est le nouveau règlement de 1996 qui s'applique en ce qui concerne le versement de la rente après le 1er janvier 1996, C. a droit à l'octroi d'une rente d'invalidité à vie.

C. a ainsi droit à une rente annuelle d'invalidité d'au moins Fr. 37'268.-- également après l'âge de 65 ans. Le TFA admet le recours de C. et lui accorde le droit à une rente annuelle d'invalidité de Fr. 37'268.--.

320 Droit applicable à la prestation de sortie

(arrêt du TFA du 17.4.2000 en la cause G. contre Fondation de prévoyance S., B 29/99; en allemand)

(art. 27 LFLP)

G. a travaillé à la clinique S. de novembre 1991 à fin avril 1998 et était affilié à ce titre auprès de la fondation de prévoyance S. Un contrat d'assurance vie collective a été conclu avec l'assurance Z. Ce contrat est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et remplace l'ancien contrat du 1er janvier 1992. Le 30 avril 1998, S. a remis à G. un décompte de libre passage de Fr. 26'138.30 (dont Fr. 17'531.70 pour la partie obligatoire), calculé selon l'ancien règlement de prévoyance en vigueur avant le 1er janvier 1998.

G. a ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de St-Gall pour obtenir le versement d'une prestation de sortie de Fr. 32'498.– sur la base d'une attestation de l'assurance Z. Selon G., cette prestation supplémentaire devrait être ajoutée aux Fr. 26'138.30 déjà versés. Débouté par le Tribunal des assurances du canton de St-Gall, G. a recouru au TFA.

Selon l'article 27 alinéa 1 LFLP, les prestations d'entrée et de sortie sont déterminées selon le droit en vigueur au moment de l'entrée dans une institution de prévoyance ou de la sortie d'une institution. En l'espèce, la prestation de sortie doit être évaluée sur la base des dispositions légales et réglementaires en vigueur au moment où G. a quitté la fondation de prévoyance S., soit le 30 avril 1998. C'est donc sur la base du nouveau règlement de S., entré en vigueur le 1er janvier 1998, que doit être calculé le montant de la prestation de sortie. Le fait que S. soit passée du régime de la primauté des prestations à celui de la primauté des cotisations à partir du 1er janvier 1995 n'est pas un cas donnant lieu à une prestation de sortie au sens de l'article 27 LFLP.
Il est par conséquent exclu de déterminer le montant de la prestation de sortie sur la base de l'ancien règlement antérieur au 1er janvier 1998. Le TFA admet le recours de G. Les Juges de Lucerne renvoient l'affaire au Tribunal des assurances de St-Gall pour qu'il applique le nouveau règlement de 1998, obtienne des renseignements complémentaires auprès de l'assurance Z. et rende une nouvelle décision.

321 Récusation et adaptation des rentes au renchérissement

(arrêt du TFA du 25.4.2000 en la cause N. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel E., B 60/99; en français).

(art. 36 al. 1 LPP)

N. est au bénéfice d'une rente d'invalidité versée par la compagnie d'assurance vie Z. auprès de laquelle le Fonds de prévoyance E. est réassuré. La rente a été indexée au coût de la vie au début de chacune des années 1991, 1992, 1993 et 1995. Dès le 1er juillet 1995, Z. a réduit le montant annuel de la rente de Fr. 18'463.80 à Fr. 16'524.-- au motif que le contrat entre E. et Z. ne prévoyait pas l'indexation de la part des rentes qui excédait le minimum obligatoire selon la LPP. N. a ouvert action devant le Tribunal vaudois des assurances pour demander une indexation de 2,6 pour cent. Débouté, N. a recouru au TFA. Il conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal au motif d'une constitution irrégulière du tribunal, contraire aux articles 58 alinéa 1 aCst et 6 § 1 CEDH, et subsidiairement, à une indexation annuelle de la rente de 2,6 pour cent.

La garantie des articles 58 aCst et 30 nCst permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité. La suspicion est légitime lorsque l'arbitre est un organe ou un employé de la caisse qui participe à la procédure comme demanderesse ou intimée, même lorsqu'il n'est pas susceptible d'être influencé ou lorsque l'administration ne tire pas avantage du rapport de dépendance dans lequel se trouve l'intéressé (ATF 115 V 264 consid. 5c). Toute participation à une association ou une société commerciale partie au procès ou directement intéressée à celui-ci au sens de l'article 22 alinéa 1 let. a OJ constitue un motif de récusation, alors même que le magistrat intéressé n'a aucun intérêt personnel en cause.

En l'espèce, X. est juge assesseur à temps partiel au Tribunal cantonal des assurances. Il est par ailleurs fondé de pouvoirs de la Société d'assurances S. Or, S. n'a aucun lien connu ni avec le réassureur Z., ni avec la Banque B. qui gère le dossier du Fonds E. Comme X. est objectivement indépendant des parties, le moyen de récusation est rejeté.

L'adaptation de 2,6 pour cent des rentes selon l'article 36 alinéa 1 LPP et l'ordonnance sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix du 16 septembre 1987 ne vaut que pour la prévoyance obligatoire (cf BPP n° 37 ch. 212 p.5). Pour la prévoyance plus étendue, il n'existe pas d'obligation légale d'adaptation des rentes au renchérissement. Les dispositions statutaires des institutions de prévoyance sont alors déterminantes.

En l'espèce, le nouveau règlement de 1990, remplaçant celui de 1986, ne prévoit plus l'adaptation des rentes d'invalidité au renchérissement. Dans le cadre de la prévoyance plus étendue, il n'existe de par la loi aucun droit acquis à l'adaptation des rentes au renchérissement. Le TFA a rejeté le recours de N.

322 Absence de choix entre la prestation de libre passage et la rente de vieillesse

(arrêt du TFA du 27.3.2000 en la cause Z. contre caisse de prévoyance A., B 35/99; en français)

(art. 1 et 2 LFLP, 13, 27 et 49 LPP)

Z., né en 1935, a résilié pour le 30 septembre 1998 son contrat de travail avec l'entreprise A. pour s'établir comme indépendant. Z. a demandé à la caisse de prévoyance A. le transfert de la prestation de libre passage à la fondation de libre passage 2e pilier de la Banque C. La caisse A. a rejeté la demande de Z, mais lui a par contre reconnu le droit à une rente de vieillesse à partir du 1er octobre 1998. Débouté en instance cantonale, Z. a recouru au TFA. L'OFAS a proposé l'admission du recours. Le droit à la prestation de libre passage doit être nié lorsque la résiliation du rapport de travail intervient à un âge auquel l'assuré peut, en vertu du règlement de prévoyance, prétendre des prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. Si le règlement donne droit à des prestations de vieillesse à partir d'une limite d'âge (inférieure à 65 ans) déjà atteinte par l'assuré lorsque les relations de travail prennent fin, la cas de prévoyance est alors donné. Dans cette hypothèse, l'assuré ne saurait se voir reconnaître la faculté de choisir entre l'octroi d'une rente de vieillesse et l'octroi d'une prestation de sortie (ATF 120 V 309 consid. 4 et les références).

La question de savoir, s'il est encore possible de soutenir, comme l'a fait la jurisprudence précitée, que la loi manquerait son but de prévoyance si l'assuré était en droit de choisir entre diverses formes de maintien de la prévoyance, alors que la LFLP en organise les modalités, apparaît pour le moins discutable.

Elle peut toutefois rester indécise dès lors que pour les raisons qui suivent le recourant n'a pas droit à une prestation de libre passage en l'espèce.

En effet, le règlement de la caisse A. fixe la limite d'âge pour le droit à la prestation de vieillesse à 60 ans révolus. Cela constitue, au regard de la LFLP également, la limite d'âge pouvant donner lieu à un cas de prévoyance (art. 2 LFLP). Comme Z., âgé de 63 ans et quelques mois lors de la cessation des relations de travail, a droit à une prestation de vieillesse, Z ne peut pas exiger une prestation de libre passage. Le TFA a rejeté le recours de Z.

323 Compétence du tribunal selon l'article 73 LPP en cas de non-versement des contributions LPP par l'employeur

(arrêt du TFA du 15.3.2000 en la cause OFAS contre X., B 36/99; en français)

(art. 73 LPP)

P. a travaillé auprès de X., mais n'a pas été annoncé auprès de l'institution de prévoyance A., où était assuré le personnel de X.. P. a agi devant le Tribunal administratif (TA) du canton de Genève en concluant à ce que X soit condamné à lui payer les sommes LPP non versées par l'employeur. La juridiction cantonale a déclaré la demande irrecevable. L'OFAS a interjeté recours contre le jugement genevois en concluant à ce que le TA genevois soit déclaré compétent pour statuer sur la demande de P..

Selon l'article 4a alinéa 2 OPP 1, l'OFAS a qualité pour recourir.

La compétence des juridictions désignées à l'article 73 LPP est donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle (cf ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b). Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter en particulier sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des Prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'article 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 29 consid. 2). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public. Le TA du canton de Genève est donc compétent pour examiner la demande de P., de sorte que la cause lui est renvoyée.

324 Interruption du lien de connexité temporelle

(arrêt du TFA du 21.6.2000 en la cause Institution de prévoyance en faveur du personnel de T. contre P., B 19/98; en allemand)

(art. 23 LPP, 29 LAI, 88a al. 1 RAI)

L'ancienne institution de prévoyance reste tenue à prestations si l'incapacité de travail a débuté à une époque où l'assuré lui était affilié et s'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité un lien de connexité à la fois matérielle et temporelle (ATF 123 V 265 consid. 1c).

Par contre, en cas d'interruption d'un tel lien, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui sera tenue à prestations. La connexité temporelle est interrompue si la capacité de gain d'une personne jusqu'alors invalide s'est améliorée durablement dans une mesure permettant un assujettissement à l'assurance obligatoire LPP (ATF 118 V 166 c. 4e). Une amélioration n'est pas durable du seul fait qu'elle a duré trois mois sans interruption notable. *Le délai de trois mois de l'article 88a alinéa 1 RAI ne doit pas être appliqué schématiquement* (ATF 118 V 167 c. 4e, ATF 123 V 267 c. 2c). Il ne saurait en particulier y avoir de rétablissement de la capacité de gain de l'assuré lorsque la tentative de réinsertion professionnelle de celui-ci, d'une durée même supérieure à trois mois, est essentiellement motivée par des considérations d'ordre social et qu'il apparaît improbable qu'elle aboutisse à une véritable réadaptation (ATF 120 V 118 c. 2c).

En l'espèce, l'assuré P. souffre de maux de dos depuis 1981. Il a travaillé dans l'entreprise de construction automobile C. du 1er mars 1990 au 30 septembre 1991. P. a ensuite été en incapacité de travail totale à partir du 9 septembre 1991 à cause de ses douleurs dorsales. Mais plus tard, le médecin traitant de P. a constaté la pleine capacité de travail de celui-ci dès le 2 décembre 1991. P. a également été reconnu apte au placement par l'assurance-chômage du 1er janvier au 28 février 1992. Après quoi, P. a travaillé pour l'entreprise de transports T. dès 1er mars 1992 jusqu'au 7 juillet 1992, où il a soudain éprouvé de vives douleurs de dos lors du montage du plancher d'un camion. Il est depuis lors dans l'incapacité totale de travailler. P. a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité à partir du 1er juillet 1993. Il a ainsi été en pleine capacité de travail pendant six mois avant le 7 juillet 1992. Le lien de connexité temporelle est par conséquent interrompu, de sorte que l'institution de prévoyance en faveur du personnel de T. doit verser à P. une rente entière d'invalidité dès le 8 juillet 1992.

325 Liquidation partielle; répartition des fonds libres

(arrêt du 18.5.2000 de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle en la cause H. et B. contre X.; en français)

(art. 23 LFLP)

Le ***plan de liquidation partielle*** arrêté par le conseil de la Caisse de pensions du personnel de Y. et approuvé par le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de X. (SSF) ***comporte les modalités suivantes***:

a. *Les dates de référence sont, pour la définition du cercle des bénéficiaires, le 1er janvier 1995, et, pour le montant de la fortune libre à répartir, le 1er janvier 1996.*
b. *La fortune libre disponible au 1er janvier 1996, telle qu'elle a été déterminée par l'expert agréé, se monte à Fr. 12'000'243.34.*
c. *Le montant à répartir se chiffre à 75 % du montant susmentionné, soit à Fr. 9'000'000.--.*
d. *Les bénéficiaires sont répartis en trois catégories, 80 %, soit Fr. 7'200'000.– vont aux assurés actifs présents dans l'entreprise au 1er janvier 1995, 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux assurés actifs sortis dans le courant de l'année 1995 et 10 %, soit Fr. 900'000.-- vont aux pensionnés à la date du 1er janvier 1995.*
e. *Le montant maximum des prestations individuelles est limité à Fr. 150'000.--.*

H. et B. contestent la répartition des bénéficiaires en trois catégories et la limite d'attribution individuelle de Fr. 150'000.--.

Le principe de l'égalité de traitement consiste à traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable (ATF 118 Ia 1). En l'espèce, ce principe a été violé. Les assurés partis durant l'année 1995 doivent être traités de la même manière que les assurés présents du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1995. La répartition entre les actifs doit par conséquent s'effectuer selon l'effectif global au 1er janvier 1995. Il faut donc modifier en conséquence le plan de liquidation partielle du 31 août 1998 (lettre d).

En ce qui concerne le montant maximum de FR. 150'000.--, il est déterminant de comparer le plan de répartition plafonné avec le plan de répartition sans limitation. Sans limitation, 11 bénéficiaires sur 273 reçoivent à eux seuls 48.8 % des fonds disponibles.
De plus, sur les 11 cas répertoriés par le SSF, seuls 3 assurés ont été amenés à un changement d'emploi en 1995 ou 1996 à la suite du rachat d'Y. par le groupe Z., les 8 autres étant restés au sein de l'entreprise et de la caisse. En outre, la caisse a appliqué le système de la primauté des prestations jusqu'au 31 décembre 1995, qui se caractérise par sa forte solidarité des jeunes assurés envers les plus âgés.

Il faut également relever que la clé de répartition retenue par le conseil de fondation - soit: durée x (salaire + réserve mathématique) - favorise nettement les assurés les plus anciens aux salaires assurés élevés par rapport aux jeunes assurés à faible revenu. La limitation à Fr. 150'000.-- vise à répartir les fonds disponibles de manière plus homogène entre les bénéficiaires potentiels. Elle n'est donc ni arbitraire, ni contraire au principe de la proportionnalité.

326 Cession du droit aux prestations; compétence du juge de l'article 73 LPP; qualité pour recourir; moment où les prestations deviennent exigibles

(arrêt du TFA du 14.6.2000 en la cause Fondation collective Z. contre X. et Y., B 2+3/99; en français)

(art. 26, 39 et 73 LPP, 29 LAI, 331b CO)

Les autorités juridictionnelles de l'article 73 alinéa 1 LPP sont compétentes pour connaître du litige portant sur la validité d'une cession du droit à des prestations LPP (en l'espèce une rente d'invalidité) au regard des articles 39 alinéa 1 LPP et 331b CO (ATF 122 V 323 consid. 2).

La Fondation collective Z. a qualité pour recourir au TFA, car X. a agi avec succès en instance cantonale pour faire constater la nullité de la cession et pour faire condamner Z. au versement de prestations d'invalidité. La banque Y., cessionnaire des droits prétendus de l'assuré X., peut également intervenir dans la procédure fédérale en qualité d'intéressée au sens de l'article 110 alinéa 1 OJ en relation avec l'article 132 OJ.

Dans le régime obligatoire, le droit à la rente d'invalidité ne peut naître, et donc être valablement cédé, avant la naissance du droit à la rente de l'AI, c'est-à-dire avant l'échéance de la période de carence d'une année fixée à l'article 29 alinéa 1 let. b LAI en corrélation avec l'article 26 LPP (ATF 123 V 207 consid. 2). Tant que la décision de l'AI concernant le droit de l'assuré à une rente n'a pas été rendue, le droit de celui-ci à une rente d'invalidité LPP n'existe qu'à titre virtuel. En l'espèce, comme la Fondation collective Z. avait accepté d'allouer - à bien plaire et sous réserve de restitution - une rente à X. avant la décision de l'AI, la rente LPP n'était pas encore exigible lors de la cession de créance par X. en faveur de la banque. Cette cession était donc nulle.

327 Surindemnisation et activité indépendante sans la survenance de l'invalidité

(arrêt du TFA du 24.5.2000 en la cause S. contre Fondation de prévoyance P., B 12/98; en allemand)

(art. 34 al. 2 LPP, 24 et 25 OPP2)

Suite à un accident le 18 mai 1992, l'assuré S, né en 1965, reçoit une rente entière d'invalidité de la CNA et de l'AI. La Fondation de prévoyance P. refuse de lui verser une rente d'invalidité LPP, car la limite de 90 % de l'article 24 alinéa 1 OPP 2 serait déjà atteinte. P s'est basée sur le salaire annuel de Fr. 52'000.-- de S. comme chauffeur pour l'entreprise G. juste avant l'accident. S. estime qu'il faudrait prendre en considération le revenu qu'il aurait pu réaliser comme indépendant dans l'installation d'échafaudages s'il n'était pas devenu invalide.

Le revenu hypothétique que l'assuré aurait acquis comme indépendant peut aussi constituer un "gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé" (arrêt B 6/98 du 28 avril 2000 en la cause J., consid. 5).

Le TFA renvoie l'affaire au Tribunal cantonal des assurances pour déterminer si S. aurait pu travailler comme indépendant s'il n'était pas devenu invalide. C'est à l'instance cantonale de régler la procédure probatoire et d'apprécier les preuves fournies. Si le tribunal cantonal retient avec une vraisemblance prépondérante que l'assuré aurait continué à travailler comme employé, il faudra déterminer d'après les caractéristiques personnelles de celui-ci (âge, formation, cursus professionnel, etc.) quel salaire il aurait gagné comme chauffeur ou dans une autre profession adaptée à sa formation.

En l'espèce, il existe un certain nombre d'indices permettant de retenir que l'assuré S. n'aurait pas continué à travailler comme chauffeur après l'accident du 18 mai 1992. En effet, le jeune S. ne travaillait comme chauffeur chez G. que depuis le 4 mai 1992. Par contre, il a travaillé relativement longtemps comme monteur d'échafaudages de février 1988 à octobre 1991 avec un salaire mensuel de Fr. 5'715.--. Dans ces circonstances, il est probable que, sans la survenance de l'accident, S. aurait travaillé comme employé, avec un salaire déterminable sur la base de l'enquête de l'Office de la statistique sur la structure des salaires en Suisse.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 54

du 9 octobre 2000

EDITION SPECIALE

328 Directives sur l'utilisation des fonds libres de la prévoyance professionnelle aux fins de réduction ou de suspension des cotisations

Les groupes actifs sur le plan international ont porté au bilan les excédents provenant des fonds libres et des réserves des caisses de pension conformément aux directives IAS et RPC relatives à l'établissement des comptes.

Bien que les normes internationales d'établissement des comptes n'aient aucun impact juridique ou financier au niveau de la prévoyance professionnelle suisse, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), en collaboration avec la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, s'est penché sur la question de la réglementation de l'engagement des fonds libres et, en ce qui concerne des réductions ou suspensions de cotisations, arrête ce qui suit:

- L'institution de prévoyance, selon le droit suisse, a sa propre personnalité juridique qui la distingue clairement de l'entreprise sur les plans juridique et de la fortune.

- Les fonds de la caisse de pensions sont des capitaux liés qui servent exclusivement et durablement à la prévoyance.

- Le seul organisme compétent et habilité à disposer de ces fonds (ainsi que des fonds libres) conformément au but assigné à la prévoyance est l'organe supérieur de l'institution de prévoyance, le conseil de fondation, respectivement la commission de prévoyance dans les fondations collectives.

- L'obligation de l'employeur à l'égard d'une caisse en primauté des cotisations ou même des prestations est, selon le droit suisse, limitée au paiement de cotisations.

- L'employeur n'a aucun droit sur les avoirs de la prévoyance professionnelle, mais il peut également profiter des décisions du conseil de fondation, respectivement de la commission de prévoyance, à l'instar des salariés, en cas, par exemple, de réduction des cotisations ou de suspension des cotisations pendant une certaine période (contribution holiday). Pour ce faire, il faut que le conseil de fondation ou la commission de prévoyance ait rendu une décision expresse dans ce sens. Faute d'une telle décision, un droit n'est en aucun cas ouvert.

A quelles conditions et dans quelle mesure la valeur de l'avantage prévisionnel de la surcouverture de l'institution de prévoyance en faveur de l'entreprise peut-il être activé dans les comptes du groupe? Lors de l'appréciation de cette question, on doit tenir compte, dans le cadre des normes appliquées à la présentation des comptes, de la situation juridique dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Le 20 juin 2000, le Conseil fédéral a fait remarquer au Conseil des Etats que les milieux concernés attendent notamment des directives concernant l'utilisation des fonds libres dans les institutions de prévoyance. Les présentes directives règleront la pratique de l'utilisation de fonds libres en vue d'une réduction ou une suspension temporaire des cotisations.

L'Office fédéral des assurances sociales, en tant qu'autorité compétente pour la législation en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1], édicte les directives suivantes :

Directives

Une réduction ou une suspension des cotisations peut avoir lieu si les **quatre conditions cumulatives** suivantes sont remplies :

a. La possibilité de réduction ou de suspension des cotisations est prévue dans les statuts ou le règlement.

b. L'organe supérieur de l'institution de prévoyance a pris une décision concernant une réduction ou une suspension des cotisations.

c. La réalisation actuelle et future des buts de prévoyance est garantie.

d. Il y a lieu de procéder à la mise à jour des prestations de libre passage comme si aucune réduction ou suspension de cotisations ne devait avoir lieu.

[1] cf. art. 111 al. 2 Cst.; art. 11 Org DFI; art. 64 LPP; art. 4 OPP 1

Les présentes directives ne se réfèrent qu'aux cas de réduction ou suspension temporaire de cotisations. Les changements de plans de prévoyance ou les modifications de règlements ne sont pas concernés.

Les fonds libres servent en premier lieu à garantir des prestations légales et réglementaires et à maintenir la prévoyance des assurés dans le cas de libre passage.

Les garanties de couverture concédées volontairement par l'employeur ne font pas partie des fonds libres.

Explications concernant :

la lettre a.
Cette condition est indispensable pour qu'il soit possible de procéder à une réduction ou à une suspension des cotisations[2].

la lettre b.
Une telle décision doit être prise par l'organe supérieur en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs et de la situation financière effective, sur la base d'une expertise actuarielle ainsi qu'en tenant compte des recommandations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (art. 53 LPP). Cette décision est limitée dans le temps. L'expertise actuarielle devra être effectuée périodiquement. L'organe supérieur de l'institution de prévoyance examinera annuellement cette décision en se fondant sur la comptabilité.

la lettre c.
Il faut garantir la réalisation des objectifs de prévoyance. Ce qui signifie que :

- l'institution de prévoyance dispose de réserves techniques suffisantes (art. 65 LPP); en font notamment partie les réserves nécessaires pour faire face aux changements des risques encourus (risques de longévité par exemple);

- l'institution de prévoyance dispose de réserves de fluctuations suffisantes (art. 50 OPP 2);

- les provisions destinées à l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix, prescrites par la loi, sont suffisantes (art. 36 et 70 LPP);

- le traitement réservé à la génération d'entrée est conforme à la loi (art. 33 LPP);

- l'institution de prévoyance doit disposer de provisions suffisantes pour une adaptation appropriée au renchérissement des rentes de vieillesse (art. 36 al. 2 LPP);

[2] voir en particulier art. 50 al. 1 et art. 65 al. 2 LPP

- les rentières et rentiers doivent pouvoir bénéficier des fonds libres dans la même mesure que les assurés actifs, par exemple au pro rata de leurs capitaux de couverture eu égard à ceux des assurés actifs (par exemple sous forme d'amélioration des prestations);

- les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui sont soumises à l'article 69 al. 2 LPP et à l'article 45 OPP 2 et qui ont défini un degré de couverture inférieur à 100 % procéderont comme suit :

  il existe des excédents si le degré de couverture visé est dépassé (on part ici de l'idée que les réserves telles que les réserves pour fluctuations de cours, réserves pour l'accroissement de l'espérance de vie, etc, ont été établies de manière objective). Il faut admettre que les excédents doivent servir en premier lieu à atteindre la couverture complète de la caisse. Toutefois, la partie durablement supérieure à l'objectif de couverture visé peut être utilisée à des fins de réduction ou de suspension de cotisations, comme c'est le cas des institutions de prévoyance intégralement capitalisées seulement si l'employeur s'engage à verser un intérêt sur la part inférieure au degré de couverture visé et s'il amortit systématiquement ce déficit dans les cas où l'objectif de couverture visé n'est pas atteint.

la lettre d.
Il faut garantir la sécurité des objectifs de prévoyance.

Si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies et qu'il reste encore des fonds libres en plus des réserves de fluctuation appropriées, ceux-ci peuvent être utilisés pour procéder à des réductions ou à des suspensions de cotisations.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 55

du 30 novembre 2000

EDITION SPECIALE

329 Questions relatives à l'encouragement au logement

La construction d'une piscine, d'un garage, etc, peuvent-ils faire l'objet d'un versement anticipé?

(art. 30c, 1er alinéa, LPP; art. 1 et 2 OEPL)

La notion de la propriété du logement ne fait pas l'objet d'une définition particulière dans l'OEPL. L'article 1 de cette ordonnance, qui précise les buts d'utilisation, mentionne simplement que les fonds de la prévoyance professionnelle peuvent être utilisés notamment pour acquérir ou construire un logement en propriété (cf. art. 1, 1er al., let. a, OEPL). Sur cette question, notre office part du principe qu'il ne ressortit pas à l'administration d'interpréter une norme légale afin d'en restreindre ou d'en augmenter la portée. Cette tâche est en premier lieu de la compétence des tribunaux institués à l'article 73 LPP en cas de contestation par ex. entre une institution de prévoyance et un assuré. Dans son message du 19 août 1992, sous chiffre 223, le Conseil fédéral nous fournit néanmoins quelques éléments d'appréciation. En effet, ce dernier précise que la propriété du logement doit être définie de manière identique, elle doit en particulier correspondre à celle découlant de la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logement, du 4 octobre 1974[1].

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

---

[1] RS 843

La propriété du logement est définie comme un droit réel sur une maison individuelle, une propriété par étage ou une part servant de logement dans d'autres bâtiments. La propriété du logement, au sens des droits réels, est donc avant tout la propriété exclusive de l'assuré, cette notion pouvant également comprendre des droits réels sur une quote-part d'une copropriété. Il précise également que «les investissements afférents à la propriété du logement donnent aussi droit au versement anticipé et ce s'agissant d'investissements lui conférant une plus-value ou maintenant sa valeur». Sur ce point, l'avant projet de loi modifiant les art. 30 et ss LPP, et, par la suite, les premiers projets de l'ordonnance d'application, avaient expressément prévu une disposition permettant de financer des investissements afférents à la propriété du logement. Elle fut par la suite supprimée dans l'idée notamment que cette conception pouvait être intégrée dans le cadre générale de l'article premier de l'ordonnance. Les travaux préparatoires à cette révision de la LPP ont également montré que les fonds du 2e pilier ne doivent pas seulement servir à l'acquisition, à la construction d'un logement, voire à l'amortissement d'une hypothèque, mais aussi à maintenir la qualité de l'habitat et la valeur de l'immeuble en procédant aux rénovations et aux transformations adéquates. En effet, une dépréciation de l'immeuble et donc la diminution de sa valeur sont de nature à porter atteinte au but de prévoyance.

Sur la base de ces quelques considérations, nous pouvons donc partir du principe que l'acquisition, la construction ou la rénovation d'un bien immobilier à l'aide d'un versement anticipé doit servir avant tout pour l'habitation de la personne assurée. Dès lors, il se pose la question de savoir ce qu'il faut comprendre par cette notion de l'habitat, en particulier lorsqu'une institution de prévoyance est confrontée au problème du versement anticipé ayant pour objet une piscine, un garage ou tout autre partie intégrante d'un bien-fonds.

Nous avons déjà relevé précédemment l'étroite connexité en matière d'encouragement à la propriété du logement entre la LPP et la loi fédérale du 4 octobre 1974, qui implique des définitions et l'application de conceptions communes. Or, dans cette dernière loi, les logements sont définis comme des locaux destinés et propres à l'habitat des personnes (cf. art. 2, 1er al.). En outre, l'ordonnance concernant le coût de construction des nouveaux logements, du 17 décembre 19862, fixe des limites de coûts en fonction du logement, tout dépassement étant donc à la charge du propriétaire. Il s'agit par ce moyen d'éviter en particulier la construction de logement trop luxueux, car tel n'est pas le but de cette loi. Au vu de ce qui précède, si nous voulons respecter cet état d'esprit, force est d'admettre que la construction ou la rénovation d'une habitation en vue d'y adjoindre une piscine ou tout autre élément semblable, même si elle confère une plus value à l'immeuble, n'est pas conforme au but voulu par la LPP en matière d'encouragement à l'accession de la propriété du logement. Un versement anticipé n'est donc pas autorisé dans ce cas.

Il est vrai que l'article premier OEPL vise non seulement la construction mais également l'acquisition du logement. Ainsi, un assuré a toujours la possibilité d'acheter un logement

[2] RS 843.143.1

comprenant ces accessoires, d'où des inégalités de traitement entre assurés. Cependant, dans cette situation, en plus du versement anticipé, l'assuré doit dans la plupart des cas investir aussi des fonds propres ou prendre une hypothèque. On peut donc partir du principe que les fonds du 2e pilier sont affectés à l'habitation proprement dite.

Il est à relever également que notre office, dans les cas qui lui ont été soumis, s'est montré très souple jusqu'à présent quant à la manière de traiter ce problème en considérant finalement que de telles constructions ou rénovations donnent une plus value à l'immeuble et, à ce titre, une sécurité supplémentaire quant à une éventuelle perte de prévoyance en cas de vente du logement. D'autre part, l'assuré peut toujours augmenter son hypothèque et en rembourser une partie par la suite au moyen d'un versement anticipé. Cependant, il s'est avéré nécessaire aujourd'hui de réexaminer cette problématique de manière plus approfondie, ce qui a conduit l'OFAS à modifier son point de vue dans le sens de l'argumentation précitée.

Encouragement à la propriété d'un logement sis à l'étranger et application des normes étrangères

(art. 2, 2e al., let. b, OEPL)

Dans le cas d'espèce, notre office était confronté à la question de savoir dans quelle mesure un concubin frontalier était en droit d'obtenir le versement anticipé de sa prestation de libre passage pour l'acquisition d'un immeuble situé à l'étranger, notamment en France. Pour un concubin, qu'il soit de nationalité suisse ou étrangère, l'une des formes autorisées de la propriété du logement, en vertu de l'article 2, 2e alinéa, lettre b, OEPL, est la copropriété, notamment la propriété par étage. Deux concubins ont donc parfaitement la possibilité d'acheter un bien-fonds en copropriété, chacun devenant propriétaire d'une part.
Rappelons que la propriété commune n'est pas une forme autorisée d'acquisition du logement pour un concubin, car seule une personne mariée a cette possibilité en vertu de l'ordonnance (cf. art. 2, 2e al., let. c).

Cependant, le droit foncier français ne connaît pas la notion de copropriété, mais une forme particulière qui est celle de l'indivision entre concubins, à concurrence de la moitié chacun. Comme on peut le constater, il s'agit-là d'une notion qui est très proche, voire analogue à celle du droit suisse de la copropriété. Lorsqu'une institution de prévoyance est confrontée à une telle situation, il ne se justifie pas d'écarter d'emblée la demande de l'assuré, sous prétexte que le droit suisse ne mentionne pas une telle forme. Il lui appartient au contraire de veiller à ce que l'assuré ne soit pas lésé dans ses droits et il lui incombe pour cela de respecter l'esprit de notre législateur dans l'application de la norme étrangère. On garantit de cette manière le principe de l'égalité de traitement entre

assurés, lequel exige en particulier que deux situations identiques soient traitées de la même manière. S'il y a une similitude entre ces deux législations, comme c'est le cas présentement, pour les motifs cités ci-devant, aucune raison ne justifie le rejet pur et simple de la requête de l'assuré.

C'est dans ce sens par ailleurs que nous avons déjà relevé dans notre bulletin de la prévoyance no 32, sous chiffre 188, qu'en l'absence de registre foncier en France, une inscription au Bureau de conservation des hypothèques, géré par les Départements, pouvait constituer la preuve de l'état de la propriété immobilière de l'assuré. En outre, comme déjà mentionné dans ce même bulletin, il incombe à l'assuré d'apporter tous les éléments de preuves nécessaires afin de permettre à l'institution de prévoyance d'apprécier et de juger le cas en toute connaissance de cause.

Concubinage, nue-propriété et usufruit

(art. 2, 2e al., lettre b, OEPL)

Le cas suivant a été soumis à notre office: un assuré souhaite acquérir un logement en copropriété avec sa partenaire. Deux parts égales de copropriété sont envisagées. Il est prévu que chaque concubin soit nu-propriétaire de la première part de copropriété du logement et usufruitier de la seconde part de copropriété, et réciproquement. Par ailleurs, en cas de décès de l'un des concubins, les dispositions du règlement de prévoyance ne prévoient pas le versement d'une rente ou d'un capital au partenaire survivant en qualité de bénéficiaire.

La question est de savoir si et dans quelle mesure un versement anticipé peut être accordé à l'un des concubins dans une telle situation.

Selon les articles 745 et 755 CC, l'usufruit est une servitude conférant à l'usufruitier un droit de possession, d'usage et de jouissance sur l'objet de l'usufruit. Corollairement, la nue-propriété est la propriété grevée d'un usufruit, par opposition à la pleine propriété (voir les art. 759 ss CC relatifs aux droits du nu-propriétaire).

D'après l'article 2 alinéa 2 lettre b OEPL, il est possible d'acquérir une part de copropriété au moyen de la prévoyance professionnelle. Par contre, il est exclu de pouvoir financer l'acquisition d'un droit d'usufruit au moyen d'un versement anticipé au sens de l'article 30c LPP (voir BPP n° 30 p. 26 ad art. 2 al. 2 lettre d OEPL).

En l'absence d'usufruit, chaque concubin a le droit de demander un versement anticipé pour acquérir une part de copropriété d'un logement, l'autre partenaire détenant la seconde part de copropriété. Le montant du versement anticipé sera limité à la valeur de la part de copropriété en question. Le concubin (tout comme le conjoint) n'a alors pas

droit à un versement anticipé à concurrence de la valeur totale des deux parts de copropriété (voir BPP n° 37 p. 10 ch. 215).

La constitution d'un usufruit est un "droit équivalant économiquement à une aliénation" au sens de l'article 30d alinéa 1 lettre b LPP (voir BPP n° 32 p. 10 ch. 1.5). Si l'article 30d alinéa 1 lettre b LPP impose l'obligation de rembourser en cas d'octroi d'un droit équivalant à une aliénation, cela suppose préalablement que le versement anticipé soit accordé pour acquérir la pleine propriété du logement, et pas seulement la nue-propriété.

Comme, en l'espèce, la partenaire n'a pas été désignée comme bénéficiaire par le règlement de prévoyance, la constitution d'un droit d'usufruit en faveur de la partenaire a pour conséquence l'obligation de rembourser la part du concubin nu-propriétaire (cf art. 30e al. 1, 2 phrase, LPP; voir aussi BPP n° 39 ch. 231 p. 11: arrêt du TFA du 2 juillet 1997 en la cause MB, et BPP n° 42 ch. 246 p. 8). Le concubin ne serait dispensé de l'obligation de rembourser que si sa partenaire était désignée comme bénéficiaire.

Il en résulte qu'un concubin n'a pas droit à un versement anticipé pour acquérir en nue propriété la part de copropriété d'un logement grevée d'un usufruit en faveur de sa partenaire qui n'a pas été désignée comme bénéficiaire. Il ne peut pas non plus demander un tel versement pour acquérir un droit d'usufruit sur l'une des deux parts de copropriété. A plus forte raison, un concubin ne peut exiger un versement anticipé à concurrence de la valeur totale des deux parts de copropriété, toutes deux grevées d'un usufruit.

La solution contraire aboutirait à la situation absurde où l'assuré concubin et nupropriétaire obtiendrait le versement anticipé, mais devrait immédiatement rembourser le montant en question!

En conclusion, le concubin peut demander un versement anticipé uniquement pour acquérir un part de copropriété qui n'est grevée d'aucun usufruit. C'est seulement si la partenaire était désignée comme bénéficiaire par le règlement de prévoyance que le concubin pourrait exceptionnellement demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de copropriété grevée d'un usufruit en faveur de sa partenaire.

Lorsqu'un assuré est affilié auprès de différentes caisses de pensions, faut-il en pareil cas tenir compte de chaque caisse ou de son ensemble pour calculer le montant minimal du versement anticipé?

(art. 5, 1er al., OEPL)

En vertu de l'article 5, 1er alinéa, OEPL, le montant minimal du versement anticipé est de 20'000 francs. Lorsqu'un assuré est affilié auprès de deux institutions de prévoyance du même employeur (par une assurance obligatoire et une assurance de cadre par ex.), et qu'il fait valoir auprès de chacune d'elle un versement anticipé, faut-il prendre en

considération le capital de prévoyance constitué dans chaque institution de prévoyance ou, au contraire, se tenir à l'ensemble des fonds de prévoyance pour appliquer cette valeur limite minimale de 20'000 francs. La séparation de la prévoyance aurait pour conséquence que l'assuré devrait disposer d'un montant égal ou supérieur à 20'000 francs pour faire valoir son droit dans chaque institution de prévoyance, ce qui ne serait pas le cas si l'on devait prendre en considération l'ensemble de la prévoyance, et que l'addition des différents avoirs dépasse cette valeur limite.

Dans l'OEPL, le Conseil fédéral n'a pas traité ce cas. Il précise toutefois, au 2e alinéa de la disposition précitée, que cette limite ne s'applique pas aux institutions de libre passage. Cet indice ne signifie toutefois pas implicitement qu'il y ait lieu de favoriser la prise en compte de l'ensemble de la prévoyance en partant de l'idée que tant l'institution de prévoyance que l'institution de libre passage sont deux instruments dans l'application de la LPP et qu'il n'y a dès lors aucune raison de priver l'assuré de ses droits lorsque ce montant minimum n'est pas atteint dans l'une des caisses. Si cette limite ne vaut pas pour les institutions de libre passage, c'est avant tout que l'argumentation concernant la limitation des frais administratifs, et qui justifie l'application de ce montant minimal, ne joue pas le même rôle à leur égard (cf. commentaire de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, du 3 octobre 1994, concernant l'article 5). D'autre part, l'OEPL régit essentiellement les droits de l'assuré envers une seule institution de prévoyance. Cela découle expressément de l'article 30c, 1er alinéa, LPP, qui pose le principe général que l'assuré peut faire valoir sa prétention qu'auprès de son institution de prévoyance.

En outre, si l'on retenait l'ensemble de la prévoyance, cela signifierait qu'il y aurait aussi lieu d'appliquer le même principe dans des cas similaires. Or, cette exigence conduirait à des conséquences contraires à la volonté de notre législateur. Ainsi, par exemple, l'assuré serait privé de la possibilité d'exiger le versement en espèces de la prestation de libre passage, conformément à l'article 5, 1er alinéa, lettre c, de la loi sur le libre passage, car dans la plupart des cas la somme totale des avoirs de prévoyance constituée dans les deux institutions de prévoyance est nécessairement supérieure au montant annuel de ses propres cotisations dans l'une des caisses.

Cas d'un assuré qui occupe un logement dans le cadre de son contrat de travail et versement anticipé

(art. 30c LPP et art. 4 OEPL)

En vertu de l'article 4, 1er alinéa, OEPL, le versement anticipé n'est autorisé qu'à la condition que la personne assurée utilise personnellement, donc pour ses propres besoins le logement. Qu'en est-il lorsqu'une personne est obligée d'habiter un logement dans le cadre de son activité et qu'elle souhaite obtenir un versement anticipé pour acquérir un autre bien immobilier? C'est la situation dans laquelle se trouve par exemple un concierge, qui, en vertu de son contrat de travail, doit occuper les locaux mis à sa disposition par l'employeur. On peut également songer aux ecclésiastiques, au personnel

d'une ambassade, voire à toutes autres personnes soumises à une même obligation d'habiter, qu'elle soit de droit public ou de droit privé. Etant donné que les salariés précités habitent déjà un logement pour leurs propres besoins, tout porterait à croire qu'ils ne peuvent bénéficier d'un versement anticipé.

Nous sommes cependant d'avis qu'une application aussi stricte de la disposition susmentionnée de l'OEPL serait contraire à l'esprit de la loi, car il n'y a finalement aucune raison de priver l'assuré de son droit uniquement parce qu'il habite déjà un logement qui ne dépend pas de son choix. Pour des raisons d'équité, chaque assuré doit pouvoir accéder librement à la propriété du logement, même s'il y a lieu de respecter certaines conditions. C'est de cette manière que l'on garantit le but poursuivi par notre législateur en matière d'accession à la propriété. Ainsi, dans ce même état d'esprit, nous avons déjà signalé dans le commentaire OEPL, paru dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 30, sous article 4, alinéa 2, que les personnes soumises à une obligation légale d'élire domicile dans le pays ou à l'étranger, comme les diplomates par ex., devaient pouvoir accéder à l'encouragement à la propriété du logement pour des raisons d'égalité de traitement. Dans le même sens, nous avons également relevé dans le bulletin no 32, sous chiffre 188.5, qu'un étranger ayant un permis B ou C, peut aussi bénéficier d'un versement anticipé pour acquérir une maison située à l'étranger, pour autant que les parents (femme et enfants) y vivent et que l'assuré se rend régulièrement auprès d'eux. Par conséquent, dans le cas exposé ci dessus, il n'y a aucune raison de refuser un versement anticipé à l'assuré, à la condition toutefois, comme mentionné précédemment, que sa famille habite le logement qu'il désire acquérir.

La réalisation du gage dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

(art. 30b LPP, 331 d CO, art. 6, 8-10 OEPL)

I. Introduction

La présente analyse a pour objet les questions suivantes:

1. Quand le créancier-gagiste peut-il exiger la réalisation du gage?
2. Le créancier-gagiste doit-il impérativement emprunter la voie de la poursuite en réalisation de gage des articles 151 à 158 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) ou bien est-il aussi possible de procéder à une réalisation privée (*private Verwertung*)?
3. Quelles sont les conséquences du divorce sur le gage?

II. A partir de quand la réalisation du gage est-elle possible?

La mise en gage est régie par les articles 30b LPP et 331d alinéa 6 CO.

Selon l'article 30b LPP, l'assuré peut mettre en gage soit le droit aux prestations de prévoyance, soit un montant à concurrence de la prestation de *libre passage*.

L'article 331d alinéa 6 CO concerne exclusivement la réalisation du gage portant sur la *prestation de libre passage*, et non pas la réalisation du gage portant sur les prestations de prévoyance, puisque celles-ci ne sont pas exigibles avant la survenance d'un cas de prévoyance (voir le Message du Conseil fédéral du 19 août 1992 concernant l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, FF 1992 VI p. 254 ad art. 331d alinéa 6 CO).

Si l'assuré met en gage un certain montant à concurrence de sa prestation de libre passage et si les conditions du contrat de gage pour le paiement de la créance garantie ne sont pas respectées, le créancier-gagiste pourra réaliser le droit de gage sur ce montant en tout temps avant la survenance d'un cas de prévoyance (voir BPP n° 31 chiffre 180 p. 2). Si un cas de prévoyance se produit, les prestations de prévoyance (vieillesse, survivants, invalidité) deviennent exigibles, de sorte que l'objet du gage tombe. Il y aura alors extinction du droit de gage, sauf si le contrat de prévoyance a prévu qu'un nouvel objet de gage (soit la prestation de prévoyance exigible à servir) se substitue à l'objet initial (soit le montant à concurrence de la prestation de libre passage) (voir BPP n° 31 chiffre 180 p. 2).

Les conditions de réalisation du gage portant sur l'avoir de prévoyance du 3e pilier A lié sont les mêmes que pour le 2e pilier (voir article 4 alinéas 1 et 2 OPP 3 renvoyant aux articles 30b LPP, 331d CO et 8 à 10 OEPL).

La réalisation du gage portant sur le droit de l'assuré aux prestations de prévoyance ne peut avoir lieu que lorsque ces prestations deviennent exigibles, c'est-à-dire au moment de la survenance du cas de prévoyance (voir BPP n° 30 p. 35 ad art. 8 alinéa 2 OEPL et n° 31 chiffre 180 p. 2).

D'après l'article 331d alinéa 6 CO, si le gage est réalisé avant la survenance d'un cas de prévoyance ou avant le paiement en espèces, il y a application des articles 30d à 30f et 83a LPP, dispositions relatives à la garantie, au remboursement et à l'imposition. Par contre, l'article 331d alinéa 6 CO ne renvoie pas à l'article 30c LPP, de sorte que la réalisation du gage est indépendante du respect des conditions posées pour le versement anticipé. Il en résulte que la réalisation du gage est possible même si l'exigence de l'utilisation du logement pour ses propres besoins n'est plus remplie. Tel sera par exemple le cas lorsque le logement de l'assuré est vendu ou mis en location (cf. art. 4 al. 2 OEPL).

Il serait envisageable que pour l'acquisition de la propriété d'un logement, deux gages aient été constitués: d'une part, un gage hypothécaire portant sur l'immeuble en question, d'autre part, un gage portant sur les prestations de prévoyance, l'avoir de libre passage du 2e pilier ou l'avoir de prévoyance du 3e pilier A lié. Après la réalisation du gage hypothécaire nécessitant la vente du logement, le droit de gage portant sur l'avoir de prévoyance ou les prestations de prévoyance subsiste (voir BPP n° 31, chiffre 180 p. 2 in

fine). Mais comme susmentionné, le créancier gagiste ne pourra demander la réalisation du gage portant sur l'avoir de libre passage (ou l'avoir du troisième pilier) que si un cas de prévoyance n'est pas encore survenu. Les prestations de prévoyance mises en gage pourront, elles, être réalisées seulement après la réalisation d'un cas de prévoyance.

III. Poursuite en réalisation de gage ou réalisation privée?

L'OEPL envisage implicitement la possibilité d'un versement direct de l'avoir mis en gage selon l'article 30b LPP. En effet, selon l'article 6 alinéa 3 OEPL, l'alinéa 2 de ce même article relatif au versement anticipé s'applique par analogie en cas de paiement à effectuer en raison de la réalisation du gage grevant la prestation de libre passage (sur cette analogie, voir aussi BPP n° 30 pp. 33-34 ad art. 6 al. 3 OEPL). Or, l'article 6 alinéa 2 OEPL stipule que l'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé, après production des pièces justificatives idoines et avec l'accord de la personne assurée, directement au vendeur, à l'entrepreneur, au prêteur ou aux bénéficiaires selon l'article 1er, 1er alinéa, lettre b OEPL.

La loi admet ainsi la possibilité d'un versement direct en lieu et place de la procédure en réalisation de gage selon la LP, mais à condition que l'assuré (débiteur-gagiste) donne son consentement. Ce principe vaut non seulement lorsque l'objet du gage est l'avoir de libre passage, mais également si le gage porte sur le droit aux prestations de prévoyance de l'assuré.

Trois cas de figure sont envisageables:

1. Dans la première hypothèse, une *convention* a été conclue entre l'assuré (débiteur gagiste) et le créancier-gagiste conférant à ce dernier le droit de procéder à une "réalisation privée" du gage, c'est-à-dire d'obtenir directement de l'institution de prévoyance - sans passer par l'office des poursuites - le versement d'un montant correspondant à l'avoir de libre passage ou à la valeur capitalisée du droit aux prestations de prévoyance qui ont été mis en gage. Une telle manière de procéder est licite. En effet, par opposition au pacte commissoire prohibé par l'art. 894 CC, il est admissible de prévoir dans un contrat de nantissement que le créancier-gagiste aura la faculté de réaliser lui-même le gage sans avoir à utiliser la procédure de réalisation forcée (ATF 24 I 350; ATF 64 II 415, JT 1939 I 199; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4e éd., Zurich, 1997, p. 830 N 11 ad art. 151 LP; Marcus Moser, Die Anforderungen des neuen Wohneigentumsförderungsgesetz, SZS 1995 p. 129). Si le créancier-gagiste opte pour la réalisation privée, les articles 151 et suivants LP ne trouveront pas application. L'institution de prévoyance versera directement au créancier-gagiste un montant correspondant à l'avoir de libre passage ou à la valeur capitalisée du droit aux prestations de prévoyance mis en gage.

2. Dans la seconde hypothèse, aucune *convention n'a été conclue*, mais l'assuré (débiteur-gagiste) donne néanmoins son *accord* à la réalisation privée: dans ce cas-là, il sera aussi possible d'effectuer un versement direct.

3. Dans le troisième cas, *aucune convention* n'a été conclue et l'assuré (débiteur gagiste) *s'oppose* à la réalisation privée: le créancier-gagiste devra alors emprunter la poursuite en réalisation de gage des articles 151 et suivants LP.

   Les étapes de la procédure seront les suivantes: réquisition de poursuite (art. 151 LP), notification du commandement de payer au débiteur-gagiste (art. 152 LP), opposition (art. 153a LP), mainlevée ou action en constatation de la créance ou du droit de gage (art. 153a LP), réquisition de la réalisation du gage (art. 154 LP) et phase de réalisation proprement dite (art. 155 à 157 LP). L'office des poursuites procèdera alors à la réalisation de la créance en paiement dont dispose l'assuré contre l'institution de prestation à concurrence de l'avoir de libre passage ou de la valeur capitalisée du droit aux prestations de prévoyance mis en gage. Selon l'article 156 alinéa 1, première phrase, LP, la réalisation du gage a lieu conformément aux articles 122 à 143b LP. Selon l'article 99 LP auquel renvoie implicitement l'article 122 LP, lorsque la saisie porte sur une créance ou un autre droit non constaté par un titre au porteur ou transmissible par endossement, le préposé de l'office des poursuites prévient le tiers débiteur - en l'occurrence l'institution de prévoyance - que désormais il ne pourra plus s'acquitter qu'en main de l'office. L'institution de prévoyance devra donc transférer les fonds de prévoyance à l'office des poursuites auprès duquel le créancier-gagiste a introduit la poursuite (voir BPP n° 30 p. 33 in fine ad art. 6 alinéa 3 OEPL).

   Si la réalisation du gage n'a pas eu lieu, faute d'offre suffisante (art. 126 et 127 LP) ou que le produit ne suffit pas à désintéresser le créancier poursuivant (art. 151 et 67 ch. 1 LP), ce dernier recevra un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 al. 1 LP) qui vaudra reconnaissance de dette et constituera un titre de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP.

IV. Quelles sont les conséquences du divorce sur le gage?

En cas de divorce, il faut se demander ce qu'il advient du gage constitué par l'un ou l'autre des époux selon l'art. 30b LPP. Le nouveau droit du divorce prévoit le partage de la prestation de sortie entre les époux (art. 122 CC et 22 LFLP). Cependant, l'art. 9 al. 1let. c OEPL (inchangé après l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce) exige le consentement écrit du créancier-gagiste pour transférer, à la suite d'un divorce, une partie de la prestation de libre passage mise en gage à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Il faut également l'accord du créancier-gagiste lorsque le gage porte sur les prestations de prévoyance, car le transfert d'une part de l'avoir de prévoyance diminue la valeur de ce gage. Comme l'assuré met en gage sa propre prestation de libre passage ou son propre droit aux prestations de prévoyance, il ne s'agit pas d'une sûreté exclusivement réelle, mais d'une sûreté qui se réfère à la personne du débiteur, de sorte que le gage selon l'art. 30b LPP et 9 OEPL n'est pas transféré en tant qu'accessoire de

l'avoir de libre passage (voir BPP n° 30 du 5 octobre 1994, pp. 35 in fine et 36 ad art. 9 al. 1 OEPL). Si le créancier-gagiste consent au transfert, la part de l'avoir de libre passage attribuée au conjoint en question ne sera donc plus grevée de droit de gage. Si le créancier-gagiste ne donne pas son approbation, il y aura alors impossibilité (totale ou partielle) du partage de la prestation de sortie de l'un des conjoints: le juge du divorce accordera, le cas échéant, une indemnité équitable à l'autre conjoint, conformément à l'art. 124 CC. Le juge du divorce pourra aussi tenir compte des expectatives de la prévoyance professionnelle pour fixer le montant de la contribution d'entretien due à l'autre époux (cf art. 125 al. 2 chiffre 8 CC).

L'attribution de la propriété du logement à l'un ou l'autre des conjoints dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial n'influence pas le sort du gage portant sur l'avoir de libre passage (ou sur le droit aux prestations de prévoyance). Même si le juge du divorce transfère la propriété du logement à l'autre conjoint, c'est l'époux qui a mis en gage son propre avoir de prévoyance (ou ses expectatives de prévoyance qui demeurera le débiteur-gagiste).

Versement anticipé et mesure de réadaptation

(art. 30c, 1er al., LPP)

Comme nous l'avons déjà signalé dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle no 32, du 11 avril 1995, sous chiffre 188.2, un assuré reconnu comme invalide n'a pas droit au versement anticipé de sa prestation de libre passage. En effet, le cas de prévoyance prime le droit au versement anticipé et donc au versement d'une part ou de la totalité de la prestation de libre passage conformément à la LPP. Ce principe se fonde sur la jurisprudence du TFA en vertu de laquelle l'assuré ne peut faire valoir son droit au paiement en espèces de la prestation de libre passage, conformément à l'article 5 LFLP, lorsque l'institution de prévoyance est confrontée à un cas de prévoyance (ATF 120 V 306). Dans ce même bulletin, en appliquant par analogie cette jurisprudence, nous avons également relevé qu'il en va de même lorsque l'assuré est sur le point de devenir invalide, notamment lorsque dans le cadre des mesures de réadaptation de l'AI, il touche des indemnités journalières de cette assurance. Dans ce cas en effet, l'assuré est au bénéfice d'une expectative de droit au versement de prestations d'invalidité LPP, et il est donc impératif que l'institution de prévoyance tenue à prestations puisse conserver le capital de prévoyance dans l'attente de savoir si l'assuré retrouve ou non sa capacité de gain.

Or, dans la pratique, dans la situation décrite ci-devant, il peut arriver que l'assuré fasse tout de même valoir son droit au versement anticipé. Si, au vu des considérations qui précèdent, l'institution de prévoyance concernée procède au versement anticipé, elle doit s'attendre à ce qu'elle ne puisse plus exiger la restitution du capital versé, en particulier lorsque l'assuré est de bonne foi, conformément aux articles 62 et suivants du code des obligations. C'est en règle générale le cas, car l'on ne saurait exiger de l'assuré qu'il ait connaissance des particularités propres au versement anticipé.

En principe, les institutions de prévoyance sont bien informées de l'état de santé de l'assuré au moment où ce dernier en fait la demande sur la base du questionnaire qu'elle remet à cette occasion. Mais il peut arriver que ce dernier soit imprécis, voire lacunaire -il ne contient par exemple aucune indication quant au versement d'indemnités journalières de l'AI. Dans ce cas de figure, l'assuré devenu invalide, recevra des prestations d'invalidité LPP réduites conformément à l'article 30c, 4e alinéa, LPP.

Besoins propres et aliénation du logement
(art. 30d, 30c LPP)

Les articles 30a ss LPP et de l'OEPL visent à permettre à l'assuré de financer l'acquisition d'un logement pour ses propres besoins au moyen de son avoir de prévoyance. L'assuré peut prétendre à un versement anticipé s'il habite lui-même le logement en question; c'est à lui de prouver que cette condition est remplie (art. 10 OEPL).

Fin de l'utilisation à des fins personnelles

Notre Office est amené à reconsidérer et à préciser ses prises de position antérieures, suite à une série de questions en rapport avec la cessation de l'utilisation du logement à des fins personnelles, souvent de nombreuses années après un versement anticipé accordé en toute conformité. L'article 30d alinéa 1 LPP prévoit l'obligation de rembourser le versement anticipé en cas de vente du logement (lettre a; en allemand: "Veräusserung") et en cas de décès de l'assuré si aucune prestation de prévoyance n'est exigible (lettre c). La loi exige également le remboursement lorsque le logement en propriété de l'assuré est grevé de droits d'une certaine nature, à savoir des "droits équivalant économiquement à une aliénation" (lettre b). Toute cessation de l'utilisation à des fins personnelles n'entraîne pas systématiquement l'obligation de rembourser. Il n'y a par exemple pas d'obligation de rembourser lorsque l'assuré déménage de l'appartement qu'il occupait jusqu'alors avec sa famille. De même, la mise en location du logement n'équivaut en principe pas à une aliénation sur le plan économique. Tel serait par contre le cas lors de la constitution d'un droit d'usufruit ou de la conclusion d'un contrat de location de très longue durée, non résiliable et avec un loyer d'un montant symbolique.

Il faut distinguer les cas où l'assuré a demandé un versement anticipé en remplissant effectivement toutes les conditions légales, des cas où l'assuré a fait croire que toutes les exigences étaient remplies. Dans ce dernier cas, la lettre de l'article 30d alinéa 1 lettre b LPP ne s'oppose pas à la restitution du versement anticipé à l'institution de prévoyance.

Transfert de la propriété à un bénéficiaire

L'aliénation de la propriété du logement ne conduit pas dans tous les cas à l'obligation de rembourser. Le transfert de propriété du logement à un bénéficiaire au sens de la prévoyance professionnelle n'est pas une aliénation entraînant l'obligation de rembourser. Le nouveau propriétaire sera cependant soumis à la même restriction du droit d'aliéner que l'assuré (art. 30e al. 1 LPP) et il pourra s'en libérer aux mêmes conditions (art. 30e al. 3). Parmi les bénéficiaires, ne figurent pas seulement les survivants au sens de la LPP, mais également les personnes désignées comme bénéficiaires par le règlement de prévoyance.
Une certaine difficulté surgit, lorsqu'une personne était bénéficiaire au moment du transfert de propriété, mais a perdu cette qualité avant la survenance d'un cas de prévoyance. Il s'agira par exemple du cas de l'enfant de l'assuré qui était mineur ou âgé de moins de 25 ans et encore en formation au moment du transfert de propriété, mais qui maintenant ne remplit plus les conditions de la LPP pour la rente d'orphelin, alors que le règlement ne prévoit aucune prestation de la prévoyance surobligatoire. De même, une personne entretenue de manière considérable par l'assuré - par exemple en cas de concubinage - peut être bénéficiaire selon le règlement de prévoyance, mais elle perdra cette qualité si la relation avec l'assuré se termine et que ce dernier ne l'entretient plus. Dans ces deux cas, comme le nouveau propriétaire n'est plus bénéficiaire, il n'y a plus de motifs de dispense de l'obligation de rembourser selon l'article 30d alinéa 1 lettre a LPP, de sorte que le versement anticipé doit être remboursé. Si la caisse de pensions apprend ce fait, elle doit exiger le remboursement.
A notre avis, on ne peut cependant exiger de la caisse qu'elle fasse des investigations sur des faits qui ne sont pas manifestes et que, par exemple, elle contrôle régulièrement l'entretien financier d'une personne par l'assuré.

Le cercle possible des vendeurs

Les dispositions relatives au versement anticipé pour la propriété du logement ne limitent aucunement le cercle des vendeurs. Il en résulte notamment qu'en cas de liens familiaux entre le vendeur et l'acquéreur (parents-enfant; époux, etc.), ce dernier pourra demander un versement anticipé.

Copropriété et obligations réciproques des copropriétaires

(art, 2 al. 2 OEPL)

Les couples en union libre - contrairement aux couples mariés - n'ont pas droit au versement anticipé pour acquérir un logement en propriété commune (art. 2 al. 2 lettre c OEPL). Nous avons eu connaissance de cas où des couples en union libre sont copropriétaires et inscrits comme tels au registre foncier, mais ont cependant une responsabilité contractuelle solidaire pour le prix d'acquisition. Un tel arrangement

contractuel n'exclut pas le versement anticipé, mais celui-ci se limitera à la part de copropriété de l'assuré et la restriction de droit d'aliéner devra être inscrite de manière appropriée au registre foncier. De même, l'inscription au registre foncier d'obligations garanties par gage immobilier sur la part de copropriété n'empêche pas le versement anticipé. Il se pourrait d'ailleurs que de telles obligations n'entraînent pas une diminution du montant à rembourser, lorsqu'elles découlent de prêts contractés dans les deux ans qui précèdent la vente du logement et que ces prêts n'ont pas servi à financer l'acquisition du logement (art. 15 OEPL).

Versement anticipé et prêt hypothécaire à l'assuré

En pratique, il y a parfois une certaine confusion entre le versement anticipé et l'octroi d'un prêt par l'institution de prévoyance en faveur de l'assuré, permettant à ce dernier de financer l'acquisition de son logement. Le tableau ci-dessous expose les différences les plus importantes entre le versement anticipé et le prêt.

Versement anticipé	**Prêt**
Le versement anticipé est régi par la loi; l'assuré qui remplit les conditions légales a droit au versement anticipé pour financer l'acquisition de son logement au moyen de la prévoyance professionnelle. La LPP et l'OEPL en fixent les conditions, en prévoient les effets, etc.	Le règlement peut prévoir que l'institution de prévoyance a la faculté d'accorder des prêts hypothécaires à ses assurés, le plus souvent pour financer l'acquisition de son propre logement. La loi ne confère pas de droit à un tel prêt. Cette possibilité n'existe que si elle est prévue par le règlement de prévoyance. Les conditions du prêt doivent être fixées dans le règlement, respectivement dans un additif.
L'assuré peut obtenir un montant à titre de versement anticipé jusqu'à concurrence de sa prestation de libre passage disponible avant l'âge de 50 ans, ou de la moitié de la prestation de libre passage après l'âge de 50 ans (art. 30c al. 2 LPP).	Le montant du prêt ne dépend pas de la prestation de libre passage; il est généralement fixé en fonction de la valeur de l'objet à acquérir.
Le versement anticipé entraîne une diminution de la couverture de prévoyance, à moins que l'assuré n'ait conclu une assurance complémentaire pour l'éviter. Lors de la survenance d'un cas de prévoyance, les prestations seront réduites.	La couverture de prévoyance reste la même.
Comme l'assuré n'a aucune dette envers l'institution de prévoyance (tant qu'il n'y a pas d'obligation de rembourser), il n'y a pas d'intérêts à payer.	L'emprunteur doit payer des intérêts à l'institution de prévoyance, aux conditions fixées par le contrat de prêt, respectivement le règlement de prévoyance.
La loi prévoit les cas dans lesquels il y a obligation de rembourser le versement anticipé. L'assuré a également le droit de	Le prêt peut être résilié aux conditions posées par le contrat de prêt. Le règlement de prévoyance peut prévoir des motifs

rembourser le versement anticipé (dans un certain laps de temps, cf art. 30 d al. 2 et 3 LPP).	impératifs de résiliation du prêt.
Une restriction du droit d'aliéner est inscrite au registre foncier en garantie de l'éventuelle obligation de rembourser.	L'hypothèque est inscrite au registre foncier.
En cas de faillite, la restriction du droit d'aliéner n'empêche pas le transfert de propriété et elle n'est pas opposable au nouveau propriétaire.	En cas de faillite, le produit de la vente sert à satisfaire en priorité les créances garanties par hypothèque.
En cas de vente du logement, l'obligation de rembourser se limite au produit réalisé (art. 30d al. 5 LPP, exception: art. 15 OEPL).	L'emprunteur doit rembourser l'intégralité du prêt, même lorsque le produit de la réalisation est inférieur au montant des créances garanties par hypothèque.
Le versement anticipé est imposable. En cas de remboursement du versement anticipé, le montant des impôts payés est restitué.	
Pour l'institution de prévoyance, les versements anticipés accordés à des assurés ne constituent pas des placements de fortune.	Pour l'institution de prévoyance, les prêts octroyés aux assurés constituent des placements de fortune, qui doivent respecter les exigences de la loi et de l'ordonnance et correspondre à la stratégie de placements.

Liste des questions/réponses ou prises de position de l'OFAS contenues dans le Bulletin, à partir du no 30, concernant l'encouragement à la propriété du logement (EPL)

(par ordre décroissant)

N°, ch. et date	Question ou prise de position
44, 255 du 14.4.99	**EPL au moyen de la prévoyance professionnelle aux fins d'amortissement de l'abaissement de base selon la LCAP:** • Faut-il assimiler les abaissements de base selon l'art. 36f LCAP (RS 843) et les prêts hypothécaires au sens de l'art. 1c OEPL ? • Les avances à rembourser peuvent-elle être divisées en une part amortissement et une autre part intérêts à payer sur ces avances ?
44, 263 du 14.4.99	Emoluments en cas de versement anticipé et de mise en gage de prestations de vieillesse
40, 234 du 22.12.97	**EPL: changement de l'IP et mention** Quelles sont les conséquences d'un changement d'institution de prévoyance (IP) sur la mention d'une restriction au droit d'aliéner selon la LPP dans le registre foncier?
39, 222 du 30.10.97	**Questions relatives à l'exécution de l'EPL** 1. Liens entre la mention et des droits de gage 2. Radiation de la mention suite à une réalisation forcée
37, 215 du 11.12.96	Questions relatives à l'exécution de la LCAP: 1. Versement anticipé pour l'établissement de la propriété du logement 2. Obligation de remboursement des héritiers 3. Versement anticipé en cas de participation, par l'acquisition d'actions, à une SA de locataires 4. Versement anticipé en cas de participation, par l'acquisition d'actions, à une SA de locataires 5. Montant du versement anticipé en cas de copropriété ou de propriété commune de conjoints
37, 216 du 11.12.96	Calcul de la surassurance lors d'un versement anticipé ou en cas de divorce
34, 201 du 8.12.95	**Publication de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier** But et contenu du RF; tableau des communes de domicile et des différents offices du registre foncier auxquels elles sont rattachées

33, 192 du 12.6.95	**Indications concernant l'EPL au moyen de la prévoyance professionnelle** L'IP peut-elle imputer individuellement à l'assuré les frais administratifs liés au versement anticipé ou à la mise en gage?
33, 193 du 12.6.95	**Circulaire de l'AfC n° 22** Libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité **Circulaire de l'AfC n° 23** Encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle
32, 188 du 21.4.95	**Renvoi à la LCAP au moyen de la prévoyance professionnelle** 1. Comment, en l'absence de registre foncier, l'IP peut-elle savoir si le versement anticipé sera effectivement utilisé pour la propriété du logement ou s'il n ?y a pas de risque de détournement de ces fonds ? Quant la caisse est-elle libérée et sur la base de quels documents ?? 2. Un assuré invalide ou sur le point de devenir invalide a-t-il droit à un versement anticipé? 3. Un assuré peut-il prétendre à un versement anticipé pour la propriété d'un logement qui est exclusivement la propriété de son conjoint? 4. Un assuré peut-il amortir dans un premier temps un prêt hypothécaire au moyen d'un versement anticipé et, peu après, augmenter à nouveau le prêt hypothécaire afin d'utiliser les fonds reçus pour acquérir des biens mobiliers par exemple ? 5. Un étranger au bénéfice d'un permis B ou C, qui vit en Suisse avec toute sa famille, peut-il bénéficier d'un versement anticipé pour une maison située à l'étranger, dans son pays d'origine? 6. Un versement anticipé ou une mise en gage sont-ils autorisés dans le cas d'un immeuble comprenant plusieurs logements (sans propriété par étages) ?
32, 189 du 21.4.95	**Instructions et directive complétant l'instruction de l'Office fédéral chargé du registre foncier et du droit foncier** Instruction aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation

31, 180 du 8.12.94	Indications concernant l'EPL au moyen de la prévoyance professionnelle 1. Qu'entend-on par mise en gage dans la LCAP? 2. Comment définir la notion de domicile pour les étrangers? 3. Quelle garantie du but de la prévoyance existe-t-il pour les assurés domiciliés à l'étranger? 4. Quel est l'effet de la mention au registre foncier ? 5. l'IP peut-elle garantir un versement anticipé par un gage immobilier ? 6. L'assuré qui a fait valoir son droit à un versement anticipé peut-il être contraint de conclure une assurance complémentaire ? 7. L'IP doit-elle proposer une assurance complémentaire ? 8. Que se passe-t-il si, après le versement anticipé, un motif de paiement en espèces est allégue ? 9. Jusqu'à quel moment l'assuré peut-il prétendre à un versement anticipé ? 10. Est-ce qu'une partie du versement anticipé peut être affectée au paiement des impôts qui sont dus en vertu de l'art. 83a, al. 1 LPP ?
30 du 5.10.94	L'édition spéciale contient tant l'OLP que l'OEPL avec les commentaires correspondants

Accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

Répertoire de jurisprudence

- **ATF 122 V 320 (arrêt du TFA du 22.10.1996 dans la cause Fondation P. contre W. et Tribunal administratif de Genève; art. 73 LPP)**:

  exclusion de la voie de droit de l'art. 73 LPP en cas de litige opposant une institution de libre passage (fondation bancaire, institution d'assurance) à un affilié; l'institution de libre passage n'est pas une institution de prévoyance au sens de l'art. 73 LPP.

- **Arrêt non publié du TFA du 17.7.1998 (B 34/97, H.; art. 73 LPP):**

  la voie de l'art. 73 LPP n'est pas ouverte en cas de litige avec une fondation de libre passage au sujet des frais administratifs dans le cadre de l'acquisition de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

- **ATF 124 II 570 (arrêt du TF du 4.11.1998 dans la cause Fondation X contre OFAS et Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle; art. 30a ss LPP, 331d et 331e CO; en allemand, résumé et traduit dans le BPP N° 44 ch. 263 p. 9 s):**

  frais administratifs en matière d'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (art. 30a ss LPP): conditions auxquelles une contribution aux frais administratifs peut être perçue des destinataires pour le versement anticipé ou la mise en gage des moyens de prévoyance tendant à l'acquisition de la propriété du logement (consid. 2); exigence d'une base réglementaire (consid. 3); restitution des contributions perçues à tort (consid. 4).

- **ATF 124 III 211 (arrêt du TF du 27.5.1998 dans la cause N., recours LP; art. 30c et 30e LPP, 92 al. 1 ch. 10 LP):**

  saisie d'un immeuble acquis en partie au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle (art. 30c et 30e LPP, 92 al. 1 ch.10 LP): les autorités cantonales de surveillance doivent examiner l'incidence éventuelle de la restriction du droit d'aliéner prévue à l'art. 30e LPP sur la procédure de réalisation en cours et en tenir compte, le cas échéant, indépendamment même de la mention de la restriction du droit d'aliéner au registre foncier (consid. 1); un bien immobilier acquis au moyen du versement anticipé de la prestation de libre passage au sens de l'art. 30c LPP peut être saisi, l'art. 92 al. 1 ch. 10 LP étant inapplicable en pareil cas (consid. 2).

- **ATF 124 V 276 (arrêt du TFA du 8.9.1998 dans la cause L. contre Caisse de pensions de l'Etat de Vaud et Tribunal des assurances du canton de Vaud; art. 30c al. 1 LPP):**

  moment à partir duquel le délai de 3 ans doit être compté (art. 30c al. 1 LPP); par "naissance du droit aux prestations de vieillesse", il faut entendre le moment à partir duquel l'assuré peut, au plus tôt, exiger de telles prestations de sa caisse de pensions.

- **Arrêt non publié du TFA du 18.1.1999 (B 45/98, Z.; art. 30c al. 1 LPP):**

  rappel de l'ATF 124 V 276.

- **Arrêt du TF du 6.10.1998 (Service des contributions du canton du Jura contre X. et Commission cantonale de recours du Jura, in: Die Praxis 1999 N° 71 pp. 389 ss; art. 30c, 30 d et 83a al. 1 et 2 LPP, 7 al. 1 et 2, 14 al. 2 OELP, 146 LIFD):**

  Il n'y a de restitution de l'impôt qu'en cas de véritable remboursement d'un montant d'au moins Fr. 20'000. Pas de droit à une telle restitution fiscale en cas de "cotisations spéciales" déduites du salaire et constituant des primes pour une assurance complémentaire au sens de l'art. 30c al. 4 LPP.

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56

du 29 décembre 2000

TABLE DES MATIERES

Indications
330 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2001
331 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire à l'évolution des prix au 1er janvier 2001
332 Programme de stabilisation – ordonnance d'application de l'art. 79a LPP sur la limitation du rachat dans la prévoyance professionnelle
333 Convention complémentaire avec le Liechtenstein : question du libre passage

Prises de position de l'OFAS
334 Soumission à la LPP des travailleurs temporaires

Jurisprudence
335 Rachat d'années d'assurance
336 Renseignements erronés fournis par l'institution de prévoyance - Protection de la bonne foi de l'assuré
337 Détermination du salaire coordonné
338 Droit applicable en cas de divorce
339 Interprétation du contrat de prévoyance
340 Maintien de la prévoyance pour survivants
341 Prévoyance professionnelle et droit des successions
342 Prestations de survivants de femme divorcée
343 Réticence
344 Survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité
345 Moyens de preuve nouveaux
346 Prescription
347 Délai pour se départir du contrat en cas de réticence
348 Evaluation de l'invalidité
349 Récusation et affiliation obligatoire à la LPP

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

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51, Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Indications

330 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2001

(art. 2, 7, 8, 46 et 56 LPP; art. 7 OPP3, art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionelle de personnes au chômage)

Le 1 novembre 2000, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 01 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1999. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, les limites inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 1005 à 1'030 francs à partir du 1er janvier 2001, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

Pour la prévoyance professionnelle obligatoire

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire annuel minimal (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	24 120 fr.	**24 720 fr.**
– Déduction de coordination (art. 8 al. 1 LPP)	24 120 fr.	**24 720 fr.**
– Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	72 360 fr.	**74 160 fr.**
– Salaire coordonné maximal	48 240 fr.	**49 440 fr.**
– Salaire coordonné minimal (art. 8 al. 2 LPP)	3 015 fr.	**3 090 fr.**
– Salaire coordonné maximum donnant droit à une bonification complémentaire (art. 21 OPP2)	19'440 fr.	**19'920 fr.**

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 1999. Cette publication pourra être obtenue auprès de l'Office central fédéral du matériel et des imprimés, 3003 Berne, à partir du mois de décembre 2000.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51, Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées ci-dessus a pour effet d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

	montants actuels	**nouveaux montants**
– avec affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP3)	5 789 fr.	**5 933 fr.**
– sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP3)	28 944 fr.	**29 664 fr.**

Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage

L'assurance chômage se base sur un régime d'indemnités journalières. Pour cette raison, les montants-limites prévus pour les chômeurs obligatoirement soumis au 2e pilier seront convertis en montants journaliers (art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionelle de personnes au chômage).

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire journalier minimal	92 fr. 60	**94 fr. 90**
– Salaire journalier maximal	277 fr. 90	**284 fr. 80**
– Salaire journalier assuré minimal	11 fr. 60	**11 fr. 90**
– Salaire journalier assuré maximal	185 fr. 30	**189 fr. 90**

Prestations assurées par le fonds de garantie

Le fonds de garantie assure également les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Mais cette garantie visée par la LPP couvre au plus les prestations calculées sur la base d'un salaire déterminant AVS qui ne doit toutefois pas dépasser une fois et demie la limite supérieure du salaire annuel fixée à 74 160 francs (art. 56 al. 1 let. c et al. 2 LPP).

	montant actuel	**nouveau montant**
– Limite du salaire maximal	108 540 fr.	**111 240 fr.**

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51, Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

331 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire à l'évolution des prix au 1er janvier 2001

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 2001, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1997** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **2.7 %.**

Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.
Au 1er janvier 2001, pour cette raison, les rentes de survivants et d'invalidité qui ont été versées pour la première fois avant l'année 1997 seront adaptées comme il suit:

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation subséquente au 1.1.2001
1985 - 1995	1.1.1999	**2.7 %**
1996	1.1.2000	**1.4 %**

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

332 Programme de stabilisation – ordonnance d'application de l'art. 79a LPP

Limite pour le rachat d'années d'assurance dans la prévoyance professionnelle

Le Conseil fédéral édicte de nouvelles dispositions réglementaires concernant la limite du rachat d'années d'assurance dans la prévoyance professionnelle. Les nouvelles dispositions de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité précisent la décision prise en la matière par le

Parlement dans le cadre du programme de stabilisation 1998. Leur entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2001.

Le nouvel article 79a de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) adopté par le Parlement entrera en vigueur le 1er janvier 2001. Il limite la possibilité de rachat d'années d'assurance dans la caisse de pension. A cet effet, le Conseil fédéral a adopté les modifications nécessaires de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) et de l'ordonnance sur le libre passage. Ces modifications entreront en vigueur le 1er janvier 2001 également.

Jusqu'à présent, les assurés pouvaient racheter leurs années de cotisation manquantes, selon le règlement de la caisse de pension, jusqu'à l'âge minimal prévu par la LPP, à savoir 18 ans. L'entrée en vigueur du nouvel art. 79a LPP et des dispositions d'ordonnance correspondantes change tout. En effet, le rachat des prestations réglementaires ne devra plus excéder le montant-limite supérieur fixé par la LPP (actuellement: 72 360 francs; à partir du 1er janvier 2001: 74 160 francs), multiplié par le nombre d'années séparant l'entrée dans l'institution de prévoyance de l'âge ordinaire de la retraite prévu par les règlements. La limite de rachat s'applique aussi bien lors de la première entrée dans une institution de prévoyance qu'en cas de changement de caisse de pension. Une exception notoire est prévue en cas de divorce. En effet, si l'avoir de vieillesse économisé pendant le mariage est partagé, le rachat que l'ex-mari ou l'ex-femme, débiteur de prestations, opère par la suite n'est pas soumis à cette limite.

Empêcher l'évasion fiscale

La limite de rachat vise à empêcher l'évasion fiscale au moyen du 2e pilier. La prévoyance professionnelle ne doit plus constituer un instrument de placements de capitaux attrayant pour les personnes en fin de carrière. En outre, à partir de l'année prochaine, le capital de prévoyance placé auprès d'une institution de libre passage (institut bancaire ou assurance) devra être transféré, lors de chaque entrée dans une nouvelle institution de prévoyance, sur le compte de cette dernière afin de maintenir la prévoyance. L'assuré a l'obligation de renseigner l'institution de libre passage et la nouvelle caisse de pension. Les modifications rejoignent le programme de stabilisation des finances fédérales de 1998, adopté par le Parlement (révision partielle de la loi sur le libre passage, entrée en vigueur fixée au 1.1.2001).

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51, Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Texte de l'ordonnance et commentaire

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2)

Modification du 27 novembre 2000[1]

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18. avril 1984 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)[2] est modifiée comme suit:

Chapitre 5: Limitation du rachat

Art. 60a
(Art. 79a LPP)

1 Les dispositions suivantes s'appliquent au calcul de la somme de rachat maximale visée à l'art. 79a, al. 2, LPP:

a. l'âge de la retraite est l'âge réglementaire ordinaire de la retraite;

b. le nombre d'années est arrondi au nombre entier supérieur;

c. la somme de rachat maximale admissible est fixée séparément pour chaque événement à l'origine du besoin de rachat;

d. la somme de rachat maximale admissible est applicable globalement à tous les rachats qui sont attribués au même événement.

2 Les limites comprennent:

a. les rachats d'années d'assurance manquantes ou de capital de couverture ou d'épargne manquant s'ils permettent à l'assuré d'améliorer sa prévoyance;

b. les rachats qui résultent d'augmentations du salaire assuré, de modifications du règlement ou du plan de prévoyance et qui permettent à l'assuré d'améliorer sa prévoyance pour autant que cela ne soit pas prescrit par le règlement;

---

[1] RO **2000** 3086

[2] RS **831.441.1**

c. les rachats faisant suite au remboursement d'un versement anticipé effectué dans le cadre de l'encouragement au logement au moyen de la prévoyance professionnelle (art. 30d LPP), pour combler ainsi une lacune dans la prévoyance.

[3] Le nombre d'années visé à l'art. 79a, al. 2, LPP est calculé comme suit:

a. pour les rachats visés à l'al. 2, let. a: dans tous les cas depuis la date d'entrée dans l'institution de prévoyance;

b. pour les rachats visés à l'al. 2, let. b: depuis la survenance de l'état de fait qui a provoqué le rachat;

c. pour les rachats visés à l'al. 2, let. c: depuis le moment où l'assuré a demandé à l'institution de prévoyance de pouvoir racheter.

II

Modification du droit en vigueur

L' ordonnance du 3 octobre 1994[3] sur le libre passage est modifiée comme suit:

Art. 6a Rachat des prestations réglementaires

La limitation prévue à l'art. 60a de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)[4] s'applique au rachat des prestations réglementaires complètes (art. 9, al. 2, LFLP).

Art. 12 Transmission

[1] La prestation de sortie peut être transférée de la dernière institution de prévoyance en date à deux institutions de libre passage au maximum.

[2] L'assuré peut en tout temps changer d'institution de libre passage ou adopter une autre forme de maintien de la prévoyance.

III

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2001.

---

[3] RS **831.425**

[4] RS **831.441.1**

Commentaire

relatif aux modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

I. Introduction

La loi fédérale du 19 mars 1999 sur le programme de stabilisation 1998[5] a introduit une limite supérieure au rachat de la totalité des prestations réglementaires de prévoyance. Cette limitation est posée par le nouvel article 79a LPP, auquel renvoie l'article 9 alinéa 2 LFLP (mise en vigueur: 1.1.2001). Elle s'applique à tous les rapports de prévoyance, que l'institution de prévoyance soit inscrite au registre de la prévoyance professionnelle ou non (art. 79a al. 1 LPP).

Bien que le rachat (art. 79a LPP) figure au titre premier de la sixième partie de la LPP intitulé "étendue des prestations", il s'agit cependant de la même terminologie que celle de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP). Par conséquent, les dispositions proposées pour l'application de l'article 79a LPP reprendront la notion de rachat au sens de la LFLP.

Les normes d'exécution des nouvelles dispositions légales se trouveront dans l'OPP 2, à laquelle renverra la LFLP. Il s'agit ainsi de garantir le même champ d'application que la loi.

II. Commentaire article par article

Article 60a OPP 2 Rachat

L'**alinéa 1** précise trois principes à observer pour le calcul de la somme de rachat maximale (art. 79a al. 2 LPP).

Selon la lettre a, l'âge ordinaire de la retraite constitue le paramètre supérieur (l'art. 79a al. 2 LPP parle de l'âge réglementaire de la retraite). Est donc déterminant l'âge de la retraite tel que fixé par le règlement de l'institution de prévoyance. Ce chiffre constitue une variable de calcul relativement simple et dispense d'examiner si l'assuré veut prendre une retraite anticipée, dans la mesure où le règlement prévoit cette possibilité. L'alinéa 3 détermine le paramètre inférieur.

Selon la lettre b, le nombre d'années est arrondi à l'entier. Par conséquent, les fractions d'année (d'une durée de quelques mois) seront arrondies au chiffre entier supérieur (et non pas au chiffre entier inférieur).

---

[5] RO 1999 2374

La lettre c pose le principe selon lequel la somme de rachat maximale admissible doit être calculée isolément pour chaque événement à l'origine du besoin de rachat. Il en résulte qu'il n'y a pas d'addition des sommes de rachat, même si plusieurs cas de rachat surviennent simultanément, par exemple un rachat suite à l'avancement professionnel et un rachat pour combler la lacune de prévoyance résultant du versement anticipé pour l'acquistion de la propriété du logement.

A la lettre d, on fixe le principe selon lequel le montant maximal admissible du rachat s'applique à tous les rachats qui découlent d'un même événement. Par cette norme, on vise à ce que l'assuré qui dispose de plusieurs plans de prévoyance (p. ex. un plan pour la prévoyance de base et un autre pour la prévoyance des cadres) soit traité de la même manière qu'un assuré dont la prévoyance est contenue dans un seul plan. Cela devrait empêcher que la limitation du rachat soit facilement éludée en raison du fait que des institutions de prévoyance existantes sont scindées ou que des assurances de cadres supplémentaires sont créées.

En revanche, lorsque l'assuré travaille auprès de plusieurs employeurs distincts, et que, de ce fait, il est affilié à plusieurs institutions de prévoyance, le rachat ne découle pas du même événement. C'est pourquoi, dans un tel cas, il n'y a pas totalisation des rachats pour le calcul du montant maximal admissible de rachat.

L'**alinéa 2** énumère les cas de rachat qui sont compris dans les limites de l'art. 79a alinéa 2 LPP. La subdivision en trois lettres a à c résulte des conséquences juridiques différentes prévues par l'alinéa 3 selon le cas de rachat. La lettre a règle le cas général de rachat, tandis que la lettre b fait la liste des cas spéciaux et que la lettre c constitue en elle-même une situation particulière. Cette subdivision en trois alinéas se justifie du fait que pour chacun des trois cas de rachat le nombre d'années de rachat est calculé à partir de dates différentes (voir l'alinéa 3).

La lettre a régit le cas général de l'entrée dans une institution de prévoyance. Cette disposition fait référence au rachat prévu par l'article 9 alinéa 1 LFLP (amélioration de la prévoyance). A la différence de l'article 9 qui a pour objet l'admission aux prestations réglementaires, la nouvelle disposition de la lettre a ne vise pas seulement le rachat lors de l'entrée dans la nouvelle institution de prévoyance (cas de libre passage), mais également l'entrée technique, c'est-à-dire le cas de l'assuré qui décide d'effectuer un rachat après son entrée dans l'institution de prévoyance. Cette entrée technique n'est pas régie par l'art. 9 LFLP, mais par le règlement de prévoyance. Il faut donc qu'un tel rachat soit prévu réglementairement.

La lettre a tient compte des deux systèmes de financement des caisses de pensions. Dans une caisse à primauté de prestations, il s'agira toujours du rachat du nombre d'années d'assurance manquantes (voir art. 16 al. 4 LFLP), tandis que dans une caisse à primauté de cotisations, c'est la réserve mathématique ou le montant de l'épargne qui sera racheté (voir art. 15 al. 3 LFLP).

La lettre b énumère alternativement les cas spéciaux de rachat:
- augmentation du salaire assuré (suite à l'adaptation du salaire au renchérissement, à une augmentation de salaire réelle, à un avancement professionnel ou à un changement du degré d'occupation);
- modification du règlement (augmentation des prestations);
- modification du plan de prévoyance (qui est aussi possible sans modification du règlement).

D'après cette disposition il faut que le rachat soit *facultatif* selon le règlement de prévoyance. Un cas de rachat obligatoire selon le règlement n'est donc pas soumis à la limitation de l'article 79a LPP. Il résulte clairement du libellé de l'article 9 alinéa 2 LFLP qu'un travailleur ne peut être contraint à racheter les années de cotisations manquantes. Il serait cependant envisageable que, d'après le règlement, l'employeur doive financer entièrement le rachat. Un tel cas ne tomberait alors pas sous le coup de la limitation.

A titre d'exemple, nous mentionnons le cas de la Caisse fédérale de pensions: si le règlement exige un rachat en cas d'augmentation de salaire (cf. art. 29 al. 2 des statuts de la Caisse fédérale de pensions), ce cas de rachat ne sera pas soumis à limitation. C'est aux autorités fiscales compétentes qu'il incombera de contrôler les règlements de prévoyance pour empêcher d'éventuels abus.

La lettre c régit exclusivement le rachat faisant suite au remboursement du versement anticipé pour l'acquisition du logement au moyen de la prévoyance professionnelle et visant à combler la lacune de prévoyance. Le montant du versement anticipé doit certes pouvoir être restitué en tout temps à l'institution de prévoyance, mais il n'en va pas de même des intérêts échus. En cas de remboursement quelque temps après le versement anticipé, l'assuré risquerait ainsi de ne pas se retrouver, sur le plan du rachat de la prévoyance, dans la même situation que celle qu'il avait avant le versement anticipé. Il est dès lors nécessaire de procéder à un rachat supplémentaire pour rétablir l'état antérieur de prévoyance. Le fait que le remboursement du versement anticipé ne constitue pas un rachat résulte de la volonté expresse du législateur (Bulletin officiel du Conseil des Etats 1999 pp. 60 ss).

L'**alinéa 3** est le pendant de l'alinéa 2 et détermine pour chaque cas de rachat le moment à partir duquel il faut calculer la somme de rachat maximale selon l'article 79a alinéa 2 LPP:

La lettre a se réfère au cas général de l'alinéa 2 lettre a et fixe comme paramètre de calcul inférieur la date de l'*entrée effective* dans l'institution de prévoyance. Il est donc sans importance que l'assuré ait procédé au rachat au moment de son entrée dans l'institution de prévoyance ou qu'il ait au contraire opté ultérieurement pour le rachat (entrée technique). Cette interprétation correspond tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 79a alinéa 2 LPP, qui se réfère à la date d'entrée. En cas de changement d'institution de prévoyance, c'est la *dernière* entrée dans l'institution de prévoyance qui constitue le point de départ pour le calcul de la somme de rachat maximale.

La lettre b, corollaire de l'alinéa 2 lettre b, stipule que c'est le moment de la survenance de l'état de fait correspondant au début du rachat qui est déterminant pour le calcul lors des cas de rachat spéciaux. La distinction entre le cas général de la lettre a et les cas spéciaux résulte du fait qu'une augmentation de salaire, une modification du règlement ou du plan de prévoyance auront toujours lieu à une date future déterminée.

La lettre c régit le cas particulier de rachat permettant de combler la lacune de prévoyance résultant du versement anticipé pour l'acquisition de la propriété du logement (art. 30d LPP). Le moment déterminant pour le calcul est celui à partir duquel l'assuré a fait valoir son *option de rachat*.

D'après l'article 79a alinéa 5 LPP, la totalité du rachat (y compris les intérêts) effectué en cas de *divorce* selon l'article 22c LFLP n'est pas soumise aux limitations de rachat et n'est pas touchée par les présentes modifications d'ordonnances. Il résulte du sens et du but de l'article 22c LFLP que la personne assurée a la possibilité de procéder au rachat des prestations de prévoyance complètes au moment du divorce. Le comblement d'une lacune de prévoyance supplémentaire consécutive au divorce, sous l'effet des intérêts composés, ne tombe donc pas sous le coup des limites de rachat.

Modification de l'ordonnance sur le libre passage (OLP)

Article 6 a OLP Rachat des prestations réglementaires

Il s'agit là d'une norme de coordination avec l'OPP 2. L'article 60a OPP 2 s'applique aux cas de rachat prévus par la LFLP (art. 2 et 9 LFLP).

Article 12 OLP Transmission

Comme les dispositions des alinéas 2 et 3 ont été reprises sous forme remaniée à l'article 4 alinéa 2bis LFLP, elles peuvent être abrogées dans l'OLP. L'alinéa 4 reste inchangé et devient l'alinéa 2.

333 Convention complémentaire avec le Liechtenstein : question du libre passage

Transfert de la prestation de libre passage entre des institutions suisses et liechtensteinoises de prévoyance

Conclusion d'une deuxième convention complémentaire en matière de sécurité sociale entre la Suisse et la Principauté du Liechtenstein
Une deuxième convention complémentaire en matière de sécurité sociale entre la Suisse et la Principauté du Liechtenstein a été signée le 29 novembre 2000 à Vaduz.

Cet accord établit une base juridique pour les transferts de prestations de libre passage de la prévoyance professionnelle entre des institutions suisses et liechtensteinoises de prévoyance. Désormais, le maintien de la prévoyance est garanti sans interruption lorsque l'assuré transfère son lieu de travail d'un pays à l'autre. Les prestations de libre passage qui sont déposées sur une police ou un compte de libre passage afin de maintenir la prévoyance, peuvent également être transférées dans l'autre pays. Le paiement en espèces de la prestation de sortie n'est plus possible lorsque l'assuré transfère son lieu de résidence de la Suisse au Liechtenstein.

La conclusion d'un tel accord était possible en raison de la similitude des régimes de prévoyance professionnelle obligatoire des deux Etats. La deuxième convention complémentaire entrera en vigueur après la ratification par les deux Etats, avec effet rétroactif à partir de la date de la signature. Elle sera donc tout de suite appliquée à titre provisoire.

Texte de la convention (extrait)

Le Conseil fédéral suisse
et
Son Altesse Sérénissime le Prince régnant de Liechtenstein,
ont décidé de modifier et de compléter comme il suit la Convention de sécurité sociale du 8 mars 1989 dans la version du premier avenant du 9 février 1996, appelée ci-après "la Convention" et, à cet effet, ont nommé leurs plénipotentiaires (…).

Article 1
Le chiffre 20, libellé comme il suit, est inséré à la suite du chiffre 19 du Protocole final relatif à la convention de sécurité sociale:
"20. a. Lorsqu'une personne qui travaille pour un employeur ayant son siège au Liechtenstein a été assurée, en dernier lieu, auprès d'une institution de prévoyance suisse au sens de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, la prestation de sortie ou le capital de prévoyance porté à l'actif de l'assuré sur un compte ou une police de libre passage en vue de maintenir sa prévoyance conformément au droit suisse, devra être versé à l'institution de prévoyance liechtensteinoise compétente en vertu de la loi liechtensteinoise sur la prévoyance d'entreprise, cette dernière institution étant assimilée à une institution de prévoyance suisse. Le montant versé sera utilisé à titre de prestation de sortie ou de prestation d'entrée selon la loi liechtensteinoise sur la prévoyance d'entreprise. Si l'institution de prévoyance suisse ou l'institution de libre passage suisse, est tenue de fournir des prestations de survivants ou d'invalidité, après avoir versé la prestation de sortie ou le capital de prévoyance à l'institution de prévoyance liechtensteinoise, cette dernière restitue à l'institution suisse le montant versé à concurrence des paiements correspondant aux prestations de survivants ou d'invalidité.

b. Pour l'octroi du paiement en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. a, de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, le territoire du Liechtenstein est assimilé au territoire suisse.

c. Lorsqu'une personne qui travaille pour un employeur ayant son siège en Suisse a été assurée, en dernier lieu, auprès d'une institution de prévoyance relevant de la loi liechtensteinoise sur la prévoyance d'entreprise, la prestation de sortie ou le capital de prévoyance porté à l'actif de l'assuré sur un compte ou une police de libre passage en vue de maintenir sa prévoyance conformément au droit liechstensteinois devra être versé à l'institution de prévoyance suisse compétente selon la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, cette dernière institution étant assimilée à une institution de prévoyance liechtensteinoise. Le montant versé sera utilisé à titre de prestation de sortie ou de prestation d'entrée au sens de la loi fédérale suisse sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.

d. Les lettres a à c sont applicables, quelle que soit la nationalité de la personne concernée."

Article 2
Le titre de l'avenant du 9 février 1996 à la Convention de sécurité sociale du 8 mars 1989 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein devient **"**Première convention complémentaire à la Convention de sécurité sociale du 8 mars 1989 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein**"**.

Article 3
(1) Les Gouvernements des Etats contractants s'informent mutuellement par écrit que les procédures légales et constitutionnelles requises pour l'entrée en vigueur de la présente convention complémentaire sont accomplies.

(2) La présente convention complémentaire entrera en vigueur au moment de sa signature, dès que l'information mutuelle requise au paragraphe premier aura été fournie.

(3) La présente convention complémentaire s'applique également, à la demande de l'ayant droit, aux prestations de sortie constituées avant son entrée en vigueur et déjà déposées sur un compte ou une police de libre passage au moment de l'entrée en vigueur de la présente convention.

Prises de position de l'OFAS

334 Soumission à la LPP des travailleurs temporaires

(art. 1, 1er al., let.b, OPP2)

En vertu de l'article 1, 1er alinéa, lettre b, OPP2, les salariés engagés pour une durée limitée inférieure à trois mois ne sont pas assujettis à la LPP. Par contre, en cas de prolongation des rapports de travail au-delà de cette limite, le salarié est soumis au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle dès le moment où la prolongation a été convenue. Cette disposition permet en particulier de libérer les institutions de prévoyance de certaines tâches administratives (cf. commentaire de l'OFAS du projet d'OPP2; été 1983 (doc. 36.867), p. 7). Cependant, aujourd'hui encore, cette disposition rencontre des difficultés quant à son application, surtout pour l'une ou l'autre des institutions de prévoyance où sont affiliées des entreprises de travail temporaire.

Lorsqu'un salarié est engagé pour une durée indéterminée, celui-ci est assujetti à la LPP dès le début de son engagement. Ce principe est clair, et il découle directement de la disposition précitée de l'OPP2. Néanmoins, notre office a été confronté à des faits qui démontrent que l'on a tendance parfois à contourner cette maxime en partant de l'idée que si l'on peut déduire des circonstances que l'engagement du travailleur ne va pas de toute façon dépasser les 3 mois, ce dernier ne doit pas être soumis à la LPP. C'est principalement le cas des travailleurs temporaires engagés pour des missions de courte durée. L'OFAS ne partage pas cette manière de procéder. Il part du principe que lorsque dans le cadre du contrat de travail rien ne laisse supposer que cette limite va être atteinte, c'est justement là l'une des particularités du contrat de travail de durée indéterminée, qui justifie par conséquent l'assujettissement à la LPP du travailleur temporaire dès son engagement. L'OFAS confirme donc également un jugement du Tribunal des assurances du canton de Soleure, du 2 août 1999, dans la cause I.C., qui se prononce dans le même sens.

Jurisprudence

335 Rachat d'années d'assurance

(Référence à l'arrêt du 15.10.98 en la cause P. A., B 14/98; arrêt rendu en français)

(Art. 43 al. 1 let. b et 27 Statuts CFP; art. 1er et 9 al. 3 LFLP)

Résumé des faits
P. A., née en 1945, a été assurée pour la prévoyance professionnelle auprès de la Caisse fédérale de pensions (CFP) à partir de 1981; elle a, par la suite, racheté six années et neuf mois d'assurance. Le 31 décembre 1996, elle a perdu son emploi en raison de la suppression du poste qu'elle occupait (résiliation administrative).

P. A. a demandé l'octroi d'une rente à compter du 1er janvier 1997. Cette demande a été rejetée, au motif que l'assurée ne remplissait pas l'une des conditions nécessaires, à savoir avoir été affiliée pendant 19 années ininterrompues.

Déboutée par l'instance cantonale devant laquelle elle avait ouvert action, P. A. a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit
En cas de résiliation administrative des rapports de service, la CFP verse, conformément à l'art. 43 al. 1 de ses statuts, des prestations (rente selon l'art. 39 et supplément fixe selon l'art. 40 Statuts CFP) lorsque :
a) les rapports de service sont résiliés sans faute de l'affilié;
b) l'affilié a fait partie pendant 19 ans au moins sans interruption de la CFP;
c) l'affilié a plus de 50 ans.

En l'espèce, seule la deuxième de ces conditions est litigieuse.

L'assurée soutient qu'elle a fait partie de la CFP pendant 19 ans au moins sans interruption dès lors qu'elle a racheté six années d'assurance qui s'ajoutent à ses années d'affiliation.

Le rachat d'années d'assurance, obligatoire ou facultatif selon les cas, est destiné à épargner à l'assuré une réduction ultérieure des prestations en raison d'un nombre d'années insuffisant (cf. Helbling, Personalvorsorge und BVG, 6e éd., p. 140; ATF 114 V 107). Mais cela ne signifie pas que le rachat ait pour conséquence de faire remonter - fictivement - dans le temps la date de l'affiliation proprement dite (cf. RSAS 1990 p. 93).

Dans le cas particulier, l'affiliation est intervenue le 1er novembre 1981. A la date déterminante du 31 décembre 1996, elle avait donc duré 15 ans et 2 mois. Or, l'art. 43 al. 1 let. b des Statuts CFP vise manifestement la durée effective de l'appartenance à l'institution de prévoyance - c.-à-d. le nombre d'années d'affiliation ininterrompue - et non le nombre d'années de cotisations (y compris les années de rachat). Il n'y a en conséquence pas lieu d'ajouter les années de rachat aux années d'affiliation.

L'assurée fonde par ailleurs son argumentation sur la LFLP, en particulier sur l'art. 9 al. 3 de ladite loi; aux termes de cette disposition, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisations et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée. Ce moyen n'est toutefois pas pertinent dès lors que le droit à une rente en cas de résiliation administrative des rapports de service, prestation de la prévoyance plus étendue (ATF 119 V 138), ne relève pas d'un cas de prévoyance au sens étroit visé par l'art. 1er al. 2 LFLP (atteinte de la limite d'âge, décès ou invalidité) et que, par conséquent, une telle résiliation ne constitue pas un cas de prévoyance entrant dans le champ d'application de la LFLP.

Par ces motifs, le TFA a rejeté le recours.

336 Renseignements erronés fournis par l'institution de prévoyance - Protection de la bonne foi de l'assuré

(Référence à l'arrêt du 15.6.98 en la cause G. S., B 16/98; arrêt rendu en français)

(Art. 4 al. 1 Cst.)

Résumé des faits
L'assurée, née en 1934, a commencé une activité d'enseignante en 1976, travaillant d'abord à 52 %, puis à 70,55 % dès septembre 1977 et à 100 % dès août 1978. Au moment de son engagement, en 1976, elle a racheté 17 ans et 5 mois d'assurance à une valeur calculée en fonction d'une rétribution correspondant à une activité de 52 %. L'institution de prévoyance l'a informée que ce rachat faisait remonter son assurance au 1er avril 1959 et que cela lui donnerait droit à une "pension de retraite complète (60 % du dernier traitement cotisant) dès l'âge de 60 ans". Cette information a été confirmée par un courrier de l'institution du 5 décembre 1979.

En septembre 1988, l'institution de prévoyance a offert à l'assurée la faculté de racheter des degrés d'activité.

Le 22 juillet 1993, l'institution a informé l'assurée que si elle prenait sa retraite le 1er avril 1994, elle pourrait prétendre une pension au taux, corrigé, de 44,364 % de son dernier traitement cotisant. Ce taux était fixé compte tenu, notamment, du fait que l'assurée n'avait pas toujours travaillé à plein temps et qu'elle avait racheté des années d'assurance pour un montant calculé en fonction d'une rétribution correspondant à un taux d'activité de 52 %.

L'assurée a assigné l'institution devant le tribunal cantonal compétent, auquel elle demandait de constater son droit à une pension de retraite complète (60 % du dernier traitement assuré). Déboutée, elle a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit
La recourante se fonde sur le principe de la bonne foi en droit public, tiré de l'art. 4 al. 1 Cst, pour prétendre une rente complète, c.-à-d. une rente correspondant à un taux d'activité de 100 %; elle fait valoir que l'institution lui a donné des renseignements erronés et qu'elle n'a pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude de ces renseignements.

Selon la jurisprudence, la protection de la bonne foi ne saurait être accordée que dans la mesure où l'assuré, sous l'emprise de l'erreur, a pris une disposition qu'il ne peut plus modifier sans subir de préjudice ou a omis d'effectuer un acte dont l'accomplissement après coup lui causerait un dommage (ATF 121 V 67 consid. 2a et b et les références).

En l'espèce, même si en 1976, l'institution de prévoyance avait fourni des informations relatives à l'influence de l'activité lucrative à temps partiel sur les prestations futures, l'assurée n'aurait pas eu la possibilité de procéder à un rachat de degrés d'activité manquants, les prescriptions en vigueur à l'époque ne le permettant pas. Les renseignements erronés donnés par l'institution de prévoyance ne pouvaient dès lors pas causer un préjudice à la recourante tant et aussi longtemps qu'un tel rachat n'était pas possible.

Pour la période postérieure au 14 septembre 1977, date à laquelle a été introduite la possibilité de racheter des degrés d'activité manquants, la recourante ne saurait pas non plus se prévaloir de la protection de sa bonne foi. En effet, pendant plusieurs années, elle n'a donné aucune suite à la lettre de septembre 1988 par laquelle l'institution lui proposait de racheter des degrés d'activité. Elle ne saurait être admise à faire valoir seulement maintenant, au moment où elle a commencé à percevoir sa pension de retraite, qu'elle a, en raison des renseignements erronés fournis par l'institution, omis de prendre les mesures qui lui auraient permis d'obtenir les prestations maximales. Au demeurant, une personne qui a travaillé à temps partiel pendant de nombreuses années, ou dont le rachat de nombreuses années d'assurance est fondé sur un taux d'activité partiel, ne peut pas exiger en toute bonne foi d'être traitée de la même manière qu'une personne dont le degré d'occupation est de 100 %.

Le TFA a par conséquent rejeté le recours de droit administratif.

337 Détermination du salaire coordonné

(Référence à l'arrêt du 16.10.97 en la cause L. R., B 4/95; arrêt rendu en italien)

(Art. 7 al. 2 et 8 LPP, 3 al. 1 let. b OPP 2)

L'institution de prévoyance qui, en application de son règlement et en dérogation au système du salaire déterminant de l'AVS, fixe d'avance le salaire coordonné déterminant pour le calcul des cotisations de la prévoyance professionnelle, doit, en vertu de l'art. 3 al. 1 let. b, dernière phrase, OPP 2, tenir compte des changements déjà intervenus durant l'année en cours. Cette obligation ne s'applique toutefois pas aux cas où les salaires se révèlent inférieurs à ceux qui avaient été annoncés dans un premier temps par l'employeur, mais uniquement aux modifications déjà convenues et connues au moment de la détermination du salaire coordonné (par exemple, les éventuelles augmentations de salaires ou l'introduction d'un horaire minimal influençant les salaires).

338 Droit applicable en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du 17.7.98 en la cause A. G., B 44/97; arrêt rendu en français)

(LFLP, en partic. art. 22)

La LFLP - in casu son art. 22 - ne fonde aucun droit lorsqu'un jugement de divorce est entré en force antérieurement au 1er janvier 1995.

339 Interprétation du contrat de prévoyance

Interprétation du contrat de prévoyance - Engagement à verser une rente future - Adaptation de la rente

(Référence à l'arrêt du 10.10.97 en la cause J.-J. M., B 44/96; arrêt rendu en français)

(Art. 49 al. 2 LPP et 18 CO)

Résumé des faits
L'assuré a quitté son employeur en mai 1984, après un peu moins de 25 ans de service. A ce moment, il a passé avec l'institution de prévoyance compétente une convention aux termes de laquelle il lui serait alloué une rente annuelle future de Fr. 362'304.- dès l'âge de 60 ans, soit dès le mois de décembre 1995. A fin 1984, l'assuré disposait auprès de l'institution d'un capital de prévoyance de Fr. 1'101'662,50.-, ce qui lui aurait permis de prétendre une rente annuelle de Fr. 110'436.- à partir de 60 ans. L'engagement de l'institution de lui verser une rente annuelle de Fr. 362'304.- a nécessité la constitution d'une réserve mathématique supplémentaire de Fr. 2'512'758.- à fin 1984. Le financement de ce complément a été fourni par l'employeur.

En avril 1995, l'institution de prévoyance a informé l'assuré qu'il serait mis au bénéfice, comme convenu, d'une rente annuelle de Fr. 362'304.- dès le mois de décembre suivant. Elle a également précisé que, conformément à son règlement, l'indexation des rentes s'appliquait aux rentes en cours de service et que, dans le cas particulier, la première augmentation interviendrait en janvier 1997.

L'assuré a assigné l'institution de prévoyance en paiement d'une rente indexée en janvier de chaque année, pour la première fois en janvier 1985, soit une rente annuelle de Fr. 496'975.- pour 1995 et Fr. 504'397,85 pour 1996. Pour le futur, il concluait au versement d'une rente indexée chaque année.

Débouté en instance cantonale, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit
S'agissant, comme en l'espèce, d'une contestation qui relève de la prévoyance professionnelle plus étendue, les employés assurés sont liés à l'institution de prévoyance par un contrat innomé (sui generis) dit de prévoyance. Le règlement de prévoyance est le contenu préformé de ce contrat, à savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par acte concluant. Il doit donc être

interprété selon les règles générales sur l'interprétation des contrats. C'est ainsi qu'il y a lieu, tout d'abord, de rechercher la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO). Lorsque celle-ci ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations d'après le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi (principe de la confiance) (consid. 2a).

Dans le présent cas, l'objet de l'interprétation est la convention de mai 1984, document dont on doit admettre qu'il fait partie intégrante du contrat de prévoyance. Il n'a pas été possible en l'occurrence d'établir la volonté réelle des parties. C'est donc au regard du principe de la confiance qu'il faut interpréter l'engagement litigieux de l'institution de prévoyance (consid. 2b).

La convention de mai 1984 ne contient, à propos du renchérissement, aucun engagement ni aucune promesse qui s'écarterait du régime général valable pour tous les affiliés retraités. L'assuré devait donc logiquement considérer que le droit à une adaptation de sa pension de retraite ne prendrait naissance qu'à partir du versement de cette prestation et non pas déjà au moment de la constitution de la rente future. Le sens des déclarations des parties ne pouvait de bonne foi pas être compris autrement (consid. 2c).

Par ailleurs, l'argument de l'assuré selon lequel il entendait, à l'époque, soit en 1984, se prémunir contre les conséquences de l'inflation n'apparaît pas décisif. On peut penser en effet que, dans l'esprit des parties, le risque d'une diminution de la valeur réelle de la rente était déjà pris en compte dans l'augmentation considérable du montant de la rente future par rapport à celui qui aurait été versé en fonction du seul capital accumulé par l'assuré (consid. 2c).

Enfin, une augmentation de la rente dans le sens voulu par l'assuré eût nécessité un financement supplémentaire important. Selon les informations de la caisse de pensions, le versement d'une rente annuelle de Fr. 496'975.- dès 1995 aurait exigé la constitution d'une réserve mathématique de Fr. 1'075'717.-, à prélever sur les réserves libres de la caisse. De pareilles conséquences pour l'institution de prévoyance ne pouvaient échapper aux parties, toutes rompues aux questions financières et actuarielles. Si donc elles avaient voulu adopter dans le présent cas un régime spécial d'indexation avant même le versement de la rente, elles n'auraient certainement pas manqué d'en régler le financement. Or, elles ne l'ont à l'évidence pas fait (consid. 2c).

Le TFA a par conséquent rejeté le recours de droit administratif.

340 Maintien de la prévoyance pour survivants

Maintien de la prévoyance - Droit des héritiers survivants aux prestations ou à la restitution des contributions versées par l'assuré décédé - allocation de dépens à l'institution de prévoyance qui obtient gain de cause

(Référence à l'arrêt du 14.8.98 en la cause B. H., B 20/98; arrêt rendu en français)

(Art. 3 al. 1 et 2, 4 al. 2 et 3 LFLP; art. 159 al. 2 in fine OJ)

Après la dissolution des rapports de travail, la responsabilité de l'institution de prévoyance subsiste si l'assuré devient invalide en raison d'une incapacité de travail survenue avant cette dissolution (ATF 120 V 116 consid. 2b). Lorsque ladite institution a déjà transféré la prestation de sortie à l'institution supplétive, elle est fondée à réclamer à celle-ci la restitution de cette prestation dans la mesure nécessaire pour accorder le paiement de la rente d'invalidité (art. 3 al. 2 LFLP) (consid. 3 a et c)

Sauf dans les cas visés à l'art. 5 LFLP, le paiement en espèces d'un capital ou d'une prestation de libre passage n'est pas prévu par la loi, car il s'agirait d'un système étranger aux buts de la prévoyance professionnelle. En cas de décès de l'assuré, les ayants droit ne reçoivent pas la prestation de l'institution de prévoyance en vertu d'une prétention successorale. Ils disposent d'un droit originaire qui leur est conféré directement par la loi (art. 18 à 22 LPP) ou par le règlement de l'institution de prévoyance; dans cette dernière éventualité, ils apparaissent comme les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO, le travailleur stipulant s'étant fait promettre par la caisse, obligée, le versement de prestations à certains tiers survivants. Ainsi, à défaut de survivants désignés par la loi ou les statuts, les héritiers, en tant que tels, ne peuvent prétendre ni le paiement de prestations ni la restitution des contributions versées (ATF 113 V 289 consid. 4 b et les références) (consid. 4 a).

Même si elle obtient gain de cause, l'institution de prévoyance (in casu intimée) ne saurait prétendre à l'allocation de dépens, aucune indemnité pour frais de procès n'étant accordée, en règle générale, aux organismes chargés de tâches de droit public (art 159 al. 2 in fine OJ; ATF 118 V 169-170 consid. 7 et les références) (consid. 5).

341 Prévoyance professionnelle et droit des successions

(Référence à l'arrêt du 18.11.97 en la cause W. R., B 29/96; arrêt rendu en français)

(Art. 49 LPP et rapport entre le droit de la prévoyance professionnelle et le droit des successions)

Résumé des faits
Le règlement de la fondation de prévoyance dispose qu'en cas de décès de l'assuré avant l'âge de la retraite, le capital-épargne constitué par ses propres contributions va aux héritiers légaux ou testamentaires alors que le capital-épargne correspondant aux contributions de l'employeur va en première ligne au conjoint survivant, celui-ci excluant, le cas échéant les autres bénéficiaires, c'est-à-dire les enfants et les parents; pour cette dernière prestation, le règlement autorise cependant le conseil de fondation à procéder à une attribution différente si "des raisons d'équité" l'exigent.

Par testament, l'assurée décédée, mariée et sans enfant, avait institué sa mère comme seule bénéficiaire des prestations de prévoyance. La fondation de prévoyance a dès lors versé la totalité des prestations à la mère, ce que le mari survivant conteste.

En droit
Le TFA a jugé que la faculté pour le travailleur de désigner un ou des bénéficiaires des prestations de prévoyance découle de la législation sur la prévoyance professionnelle ou du règlement de l'institution et non des règles du droit des successions. Par ailleurs, le capital-épargne ne tombe pas dans la masse successorale, de sorte que le travailleur ne peut en disposer librement par testament (consid. 3 et 4b).

En l'espèce, la disposition réglementaire relative au capital-épargne constitué par les contributions de l'assurée ne prévoit pas l'exclusion par le groupe de survivants auquel la prestation est dévolue des autres groupes. Cela étant, le TFA a considéré qu'il était raisonnable, dans le cas particulier, d'attribuer ce capital pour moitié à la mère et pour moitié au mari de l'assurée et il a ordonné de procéder ainsi. Il a en effet estimé qu'une clause du contrat de prévoyance selon laquelle, en cas de décès de l'assuré avant l'âge de la retraite, le capital-épargne constitué par ses contributions personnelles est versé aux héritiers légaux ou testamentaires ne lui permettait pas de désigner librement ses ayants droit dans le cercle des survivants et à exclure d'autres héritiers légaux (consid. 4c et chapeau d'arrêt).

Quant au capital-épargne constitué par les contributions de l'employeur, le TFA a considéré qu'en l'absence d'une comparaison de la situation respective des survivants appelés à bénéficier d'une part du capital-épargne, il n'était pas possible de se prononcer sur l'existence ou non de raisons d'équité, au sens du règlement, permettant de déroger à la règle ordinaire d'attribution prévue par ce dernier. Il a donc ordonné un complément d'instruction sur ce point (consid. 4d).

342 Prestations de survivants de femme divorcée

(Référence à l'arrêt du 30.10.97 en la cause M. S., B 45/96; arrêt rendu en français)

(Art.19 al. 3 LPP, 20 al. 1 OPP 2)

L'art. 20 al. 1 OPP 2 garantit un droit à des prestations de survivants à la femme divorcée au bénéfice, en vertu du jugement de divorce, d'une indemnité en capital allouée en lieu et place d'une rente viagère.

En l'espèce, le TFA a constaté qu'à teneur du jugement de divorce, l'ex-épouse a bénéficié d'un versement de Fr. 1'000.- à titre d'indemnité au sens de l'art. 151 al. 1 CC, cela pour solde de tout compte, et que cette indemnité n'a donc pas été allouée en lieu et place d'une rente viagère. Dès lors, l'intéressée ne remplit pas les conditions de l'art. 20 al. 1 OPP 2, de sorte qu'elle ne saurait être assimilée à une veuve.

343 Réticence

Référence à l'arrêt du 14.08.98 en la cause P. d'A., B 59/97; arrêt rendu en français)

(Art. 4 et 6 LCA)

Résumé des faits
En vue de son affiliation à la caisse de pension de son nouvel employeur, l'assuré a rempli et signé, en février 1991, un document intitulé "Déclaration de santé de la personne à assurer". A la question "êtes-vous actuellement en bonne santé et entièrement apte au travail sans restriction due à votre santé ?", il a répondu par l'affirmative, alors qu'il était régulièrement soigné pour des troubles psychiques (notamment une schizophrénie) depuis 1973.

Estimant qu'il y avait eu réticence, la caisse a réduit au minimum LPP les prestations d'invalidité qu'elle a été amenée à verser à l'assuré dès le 1er septembre 1995.

Débouté par l'instance cantonale devant laquelle il avait ouvert action, l'assuré a interjeté un recours de droit administratif devant le TFA.

En droit
En matière de prévoyance plus étendue, on applique, en cas de réticence, les dispositions statutaires ou réglementaires et, en l'absence de dispositions idoines, comme c'est le cas ici, les règles de la LCA (ATF 118 V 168 consid. 5 et les réf.). Selon la jurisprudence rendue au sujet des art. 4 et 6 LCA (ATF 118 II 337 consid. 2a, 116 V 227 consid. 5b, SVR 1997 BVG 81 249), il ne faut adopter ni un critère purement objectif ni un critère purement subjectif pour déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de renseigner, laquelle, au demeurant, s'apprécie sans égard à une éventuelle faute du déclarant.

Ce qui est finalement décisif, c'est de juger si et dans quelle mesure le proposant pouvait donner de bonne foi telle ou telle réponse à une question de l'assureur, selon la connaissance qu'il avait de la situation et, le cas échéant, selon les renseignements que lui avaient fournis des personnes qualifiées. La LCA exige du proposant qu'il se demande sérieusement s'il existe un fait qui tombe sous le coup des questions de l'assureur, mais elle n'exige pas de lui qu'il recueille des renseignements sur l'existence d'un pareil fait. La capacité ou l'incapacité de discernement du proposant joue également un rôle pour l'appréciation de la situation.

En l'espèce, il n'est ni contestable ni contesté que les réponses données par le recourant à la caisse en février 1991 sont objectivement inexactes. Cette constatation ne suffit cependant pas pour déduire qu'il y a eu réticence, sans que soient encore examinées les circonstances personnelles (critère subjectif). A cet égard, et contrairement à ce que soutient le recourant, le fait qu'il ne se sente effectivement pas malade ou qu'il n'accepte pas sa maladie est sans importance dès lors que l'appréciation personnelle de l'assuré ne joue pas de rôle pour déterminer ce qui a

valeur de maladie. Par ailleurs, comme le questionnaire simple qui lui était soumis ne demandait aucun renseignement médical précis, il importe peu qu'il n'admette pas sa schizophrénie, dont le diagnostic ne lui était au demeurant pas nécessairement connu.

En réalité, le fait de devoir se rendre à une consultation médicale chaque mois depuis des années ne l'autorisait simplement pas à répondre qu'il était en bonne santé. De ce point de vue, la capacité de discernement du recourant, lorsqu'il a rempli la déclaration de santé, en février 1991, n'apparaît pas discutable. En effet, selon un avis médical autorisé, l'assuré ne pouvait pas raisonnablement s'estimer en bonne santé à cette époque. Dans ces conditions, le recourant ne pouvait pas non plus, de bonne foi, donner une réponse affirmative à la question qui lui était posée.

Le TFA a par conséquent rejeté le recours.

344 Survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité

(arrêt du TFA du 2.8.2000 en la cause N., B 65/99; en français)

(Art. 26 LPP, 29 LAI)

Par décision du 3 décembre 1996, l'assurance-invalidité a fixé le degré d'invalidité de N. à 80 % et lui a accordé une rente d'invalidité à partir du 1er janvier 1996. La Fondation de prévoyance de l'employeur S. refuse de verser à N. toute prestation, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité serait survenue après la fin des rapports de travail entre N. et S. en date du 31 janvier 1994. N. prétend au contraire, sur la base du certificat médical du Docteur V. du 27 octobre 1999, qu'une incapacité de travail invalidante se serait produite entre le 15 et le 31 janvier 1994.

Il faut que les différents documents médicaux permettent d'établir au degré de vraisemblance prépondérante, applicable à l'appréciation des preuves dans l'assurance sociale (ATF 125 V 195 consid. 2) que le recourant a subi une incapacité de travail pendant la période litigieuse. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Premièrement, dans sa demande d'indemnités de chômage datée du 15 janvier 1994, mais reçue par l'administration le 2 février 1994, N. a indiqué que, pendant le délai de résiliation, il n'avait pas été empêché de travailler en raison d'une maladie. Deuxièmement, l'attestation de l'employeur S. du 15 novembre 1995, selon laquelle N. aurait été en incapacité de travail du 15 au 31 janvier 1994, est contredite par l'attestation de ce même employeur adressée à l'assurance-chômage le 31 janvier 1994. Troisièmement, sur la base de l'ensemble des certificats médicaux (hormis celui du Docteur V. daté du 27 octobre 1999), le début de l'incapacité de travail déterminante pour le droit à des prestations d'invalidité doit être fixé au plus tôt au mois d'avril 1994, c'est-à-dire après la fin des rapports de travail. N. n'était donc plus assuré auprès de la Fondation de S. lors de la survenance de l'incapacité de travail, de sorte qu'il n'a pas droit à une rente d'invalidité de la part de celle-ci.

345 Moyens de preuve nouveaux

(arrêt du TFA du 2.8.2000 en la cause Société D. contre Fondation institution supplétive LPP, B 7/00; en français)

(Art. 105 al. 2 OJ)

Lorsque le pouvoir d'examen du TFA est limité par l'art. 105 al. 2 OJ, la possibilité d'alléguer des faits nouveaux ou de faire valoir de nouveaux moyens de preuve est très restreinte. Seules sont admissibles les preuves que l'instance inférieure aurait dû réunir d'office, et dont le défaut d'administration constitue une violation de règles essentielles de procédure (ATF 120 V 485 consid. 1b, 121 II 99 consid. 1 c). Les parties ne peuvent pas invoquer devant le TFA des faits nouveaux qu'elles auraient été en mesure - ou qu'il leur appartenait, en vertu de leur devoir de collaboration à l'instruction de la cause - de faire valoir devant la juridiction inférieure déjà. De tels allégués tardifs ne permettent pas de qualifier d'imparfaites, au sens de l'art. 105 al. 2 OJ, les constatations des premiers juges (ATF 102 Ib 127, 121 II 100 consid. 1c). En l'espèce, la recourante D. conteste les cotisations d'employeur qui lui sont réclamées par la Fondation institution supplétive LPP, en faisant valoir que le montant réel des salaires afférents à l'année 1997 serait de Fr. 39'600.--, et non pas de Fr. 79'200.--. La recourante D. pouvait et devait invoquer ce moyen devant l'instance cantonale déjà, cela d'autant plus qu'elle avait bénéficié de deux prolongations de délai, sans toutefois les utiliser. Soulevé pour la première fois devant le TFA, ce moyen, qui n'est au demeurant nullement établi, est irrecevable. Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur le recours de D.

346 Prescription

(arrêt du TFA du 4.8.2000 en la cause X., B 9/99; en français)

(Art. 41 LPP)

Dans son préavis, l'OFAS considère que la prescription décennale de l'art. 41 LPP a commencé à courir seulement lorsque l'AI a notifié à l'assuré sa décision de rente du 16 juillet 1990. Contrairement à l'opinion de l'OFAS, la prescription de l'art. 41 LPP court indépendamment de la connaissance qu'a l'assuré de l'existence de son droit à la rente, à l'instar de ce qui prévaut pour les prescriptions décennales des art. 60 et 127 CO (ATF 106 II 136 consid. 2a). L'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle doit être distinguée de son exécutabilité. Si une telle prestation ne peut être exécutée que lorsque la créance en prestations futures n'est plus une simple expectative mais peut être effectivement réalisée, son exigibilité se situe en revanche lors de la naissance du droit à cette prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (arrêt H. du 14 juin 2000, B 2/99, prévu pour la publication, consid. 3a; ATF 117 V 308 consid. 2c, 124 V 276).

En l'espèce, la Caisse suisse de compensation a mis l'assuré X. au bénéfice d'une rente entière d'invalidité et de rentes complémentaires pour son épouse et ses enfants à partir du 1er mai 1987, par décision du 16 juillet 1990. Le droit de X. à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est donc né en même temps que son droit à la rente de l'AI, soit à l'échéance de la période de carence d'une année prévue à l'art. 29 al. 1 let. b LAI, applicable en vertu du renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP (ATF 121 V 271 consid. 2a in fine et 273). Par conséquent, l'exigibilité du premier terme impayé, au sens de l'art. 131 al. 1 CO remonte à mai 1987 (et non pas à la date de l'accident professionnel survenu le 26 mai 1986), de sorte que la prescription décennale a commencé à courir à partir du mois de mai 1987. Il en résulte que le droit de X. à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est prescrit depuis le mois de mai 1997, ce qui entraîne également la prescription des arrérages de rentes (art. 131 al. 2 CO).

347 Délai pour se départir du contrat en cas de réticence

(arrêt du TFA du 20.9.2000 en la cause S. contre institution de prévoyance G., B 51/99, en allemand)

(art. 4 LPP et 4 LCA)

L'assurée S. travaillait comme aubergiste depuis 1991. Elle a subi une opération des glandes sudoripares en 1988 et 1990 et une intervention pour enlever des calculs rénaux en juin et octobre 1992. Le 23 mars 1993, S. a conclu un plan de prévoyance avec l'institution de prévoyance G. G. était réassurée auprès de l'établissement d'assurance R. Le 23 avril 1993, suite à une éruption cutanée, S. a consulté un médecin, qui a diagnostiqué un eczéma au niveau des mains, des avant-bras et de la partie supérieure du dos. A cause de cette atteinte à la santé, S. a cessé de travailler comme aubergiste depuis fin juillet 1993. Dans un premier temps, G. a accordé une rente annuelle d'invalidité à S. Mais par courrier du 26 novembre 1996, G. a déclaré se départir du contrat la liant à S., au motif que l'assurée n'aurait pas déclaré, lors de la conclusion du plan de prévoyance, qu'elle avait subi une opération au niveau des reins et qu'elle lui aurait caché son abandon prochain de la profession d'aubergiste à cause de son atteinte cutanée. G. a exigé de S. le remboursement du montant des rentes versées jusqu'alors. Ensuite de quoi, S. a ouvert action pour faire constater son droit à une rente d'invalidité dès le 23 juillet 1993 et pour demander le versement d'une rente de la prévoyance plus étendue. En date du 11 août 1999, le Tribunal des assurances du canton de X. a rejeté la demande de S. C'est pourquoi S. a recouru au TFA.

En matière d'assurance d'assurance facultative (art. 4 LPP), les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance (LCA) sont applicables par analogie. Le TFA examine d'office si le délai de 4 semaines de l'art. 6 LCA pour se départir du contrat a été respecté en cas de réticence au sens de l'art. 4 LCA. En l'espèce, la question est de savoir si les éléments connus par le réassureur R. étaients censés connus de l'institution de prévoyance G. et donc opposables à celle-ci. En l'espèce, G. a transmis la gestion administrative des cas de prévoyance à R. En effet, le réassureur a procédé à des

investigations sur l'obligation de G. de fournir des prestations. Le médecin-conseil de R. a obtenu des informations de la part des médecins traitants de S. La lettre du 18 novembre 1993 accordant une rente d'invalidité à S. pour l'année 1993 a été rédigée et envoyée par R. en son propre nom.

A l'occasion de l'examen du droit de S. à des prestations basées sur une police de prévoyance liée, R. a eu accès au dossier AI de S. C'est au plus tard lors de la restitution du dossier de S. à l'AI en date 22 octobre 1996, que R. a eu connaissance des opérations subies par S. au niveau des reins et des glandes sudoripares. R. a informé G. de la prétendue réticence de S. en date du 15 novembre 1996. Quant à l'atteinte cutanée de S., le Docteur F. a indiqué dans son rapport du 3 septembre 1993, qu'elle avait débuté en mars 1993 (soit avant la conclusion du plan de prévoyance). Bien que ce rapport médical soit parvenu à sa connaissance le 8 septembre 1993, R. a néanmoins écrit à S. le 18 novembre 1993 pour l'informer du versement d'une rente d'invalidité. Dans ces circonstances, les faits connus de R. sont également censés connus de G. et donc opposables à cette dernière. Le fait que R. ait appris les opérations de S. dans le cadre d'un rapport de droit où G. n'était pas partie (service des "personnes privées" et non pas des "assurances collectives") n'y change rien.

En définitive, le délai de 4 semaines de l'art. 6 LCA était déjà écoulé lorsque G. a déclaré se départir du contrat pour cause de prétendue réticence de la part de S. en date du 26 novembre 1996. Le TFA admet le recours de S.

348 Evaluation de l'invalidité

(arrêt du TFA du 25.9.2000 en la cause Fonds de prévoyance F. contre A., B 13/00; en français)

(Art. 26 al. 1 LPP, 29 LAI)

L'employeur E. a engagé A. comme aide-soignant dès le 1er septembre 1989. A. a été affilié à ce titre auprès du Fonds de prévoyance F. E. a licencié A. avec effet immédiat le 27 février 1992. L'assurance-invalidité a d'abord octroyé une rente AI entière à A. dès le 1er mai 1994. En date du 23 septembre 1997, le TFA a admis partiellement le recours de A. et a renvoyé la cause au Tribunal cantonal pour complément d'instruction sur le moment de la survenance de l'incapacité de travail de A. Le Tribunal cantonal a alors reconnu le droit de A. à une rente AI entière dès le 1er mars 1993, sur la base du rapport médical du Docteur P. constatant que l'incapacité de travail de A. avait débuté le 1er mars 1992. A. a ensuite demandé au Fonds de prévoyance F. de lui verser une rente d'invalidité à partir du 1er mars 1993. Mais F. a refusé au motif que l'incapacité de travail de A. aurait débuté le 1er mai 1993. Le Tribunal des assurances du canton de X. a retenu que l'incapacité totale de travail de A. avait débuté le 1er mars 1992, alors qu'il bénéficiait d'une couverture du risque invalidité par le Fonds de prévoyance F. Par jugement du 26 mai 1999, le Tribunal cantonal a reconnu le droit de A. à une rente d'invalidité de la part de F., qui devait cependant être différé jusqu'au 1er mars 1994,

étant donné le versement d'indemnités journalières en cas de maladie jusqu'au 28 février 1994. F. a interjeté recours au TFA.

Si une institution de prévoyance reprend la définition de l'invalidité de la LAI (comme c'est le cas en l'espèce), elle est en principe liée par l'estimation des organes de l'assurance-invalidité, sauf si cette estimation apparaît d'emblée insoutenable. Cette force contraignante vaut aussi pour la naissance du droit à la rente et pour la détermination du moment à partir duquel la capacité de travail de l'assuré s'est sensiblement détériorée.

Dans son arrêt du 23 septembre 1997, le TFA a constaté que les rapports du Docteur P. étaient contradictoires. C'est pourquoi la cause a été renvoyée au Tribunal cantonal des assurances, afin d'obtenir des précisions de la part de ce médecin. Au vu des explications fournies par le Docteur P., retenant que l'incapacité de travail invalidante de A. a débuté le 1er mars 1992, le jugement cantonal attaqué n'apparaît pas d'emblée insoutenable. Le fait de considérer que A. subissait, à tout le moins une diminution sensible de rendement dans son travail en raison d'une affection oculaire peut certes prêter à discussion, du moment que les rapports de travail entre A. et E. ne semblent pas avoir été résiliés pour raisons de santé. Mais ce point de vue n'apparaît pas indéfendable. Il trouve un certain appui dans le fait que A. a dû abandonner un précédent emploi en décembre 1987 en raison de la déficience de sa vue. Le Docteur P. a diagnostiqué une importante aggravation de l'atteinte occulaire de A. entre 1987 et 1992. Selon ce médecin, l'état de santé de A. justifiait déjà une incapacité de travail totale de A. dès le début de l'année 1992, bien qu'il ait encore travaillé jusqu'à fin février 1992. Le fait que A. se soit inscrit à l'assurance-chômage et ait reçu des indemnités journalières après la fin des rapports de travail avec E. n'est pas déterminant. En effet, d'après l'art. 15 al. 3 OACI, lorsque l'assuré s'est annoncé à l'assurance-invalidité ou à une autre assurance, il est réputé apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance, mais cette reconnaissance n'a pas d'incidence sur l'appréciation par les autres assurances. Par ces motifs, le TFA rejette le recours de F.

349 Récusation et affiliation obligatoire à la LPP

(arrêt du TFA du 26.9.2000 en la cause S. contre F. Fondation collective LPP et Fondation institution supplétive LPP, B 53/99; en français)

(Art. 6 § 1 CEDH, art. 58 al. 1 aCst, art. 2 al. 2, 7 al. 1, 10 al. 1 et 12 LPP, art. 1 al. 1 let. b et art. 2 OPP 2).

S. a travaillé en Suisse comme jardinier pour E. du 28 février au 30 novembre 1989. Il avait alors un permis de travail pour saisonnier ("A"). A ce titre, S. a été affilié auprès de F. Fondation collective LPP du 1er mars au 31 décembre 1989, sur la base d'un salaire annuel de Fr. 28'080.--. A partir de mars 1990 et jusqu'à la fin de cette année-là, S. a continué à travailler pour E., sans autorisations de travail et de séjour. E. n'a pas déclaré S. à la Fondation F. en 1990. S. a ensuite été réengagé par E. dès mars 1991. S. a été

victime d'un accident alors qu'il travaillait pour E. en date du 7 mars 1991. S. a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'AI et d'une rente de l'assurance-accidents de 25 %. S. a demandé à la Fondation F. de lui verser une rente d'invalidité, mais celle-ci a refusé. Le Tribunal des assurances du canton de X. a rejeté la demande de S. tendant au versement d'une rente d'invalidité, au motif qu'il n'y aurait pas eu de contrat de travail d'une durée supérieure à trois mois entre E. et S. au moment de l'accident. Dans son recours au TFA, S. conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal pour violation de l'art. 6 § 1 CEDH et de l'art. 58 al. 1 aCst, au motif que le juge assesseur J. était sous-directeur de l'institution de prévoyance P. Pour ce motif, S. demande que le Tribunal cantonal le juge avec une nouvelle composition de la Cour préalablement annoncée à S. A titre subsidiaire, S. conclut à ce que l'existence d'un contrat de travail d'une durée supérieure à trois mois soit constatée et que le dossier soit renvoyé au Tribunal cantonal pour qu'il détermine qui de la Fondation F. ou de la Fondation institution supplétive LPP doit verser des prestations d'invalidité à S. L'OFAS propose l'admission de la conclusion subsidiaire du recours de S.

En ce qui concerne la conclusion principale de S., le TFA rappelle que la garantie du juge naturel comprend aussi le droit d'être informé de la composition du tribunal compétent. Mais l'identité des juges appelés à statuer ne doit pas nécessairement être communiquée de manière expresse au justiciable. Il suffit en effet que le nom de ceux-ci ressorte d'une publication générale, facilement accessible, par exemple un annuaire officiel. En l'espèce, le nom du juge assesseur J. figurait parmi la liste des 19 assesseurs du Tribunal des assurances publiée dans l'annuaire officiel du canton de X. Le grief de récusation n'a pas été allégué tardivement par S., dans la mesure où la liste des assesseurs ne mentionne ni leur activité professionnelle, ni le domaine juridique pour lequel ils sont élus. Il se justifie par conséquent d'examiner le bien-fondé de ce grief. En l'espèce, le juge assesseur J. n'a déployé aucune activité pour la Fondation F., pour la Fondation institution supplétive LPP ou encore pour la société A. qui gère le dossier de la Fondation F. De plus, l'institution de prévoyance P. dans laquelle J. exerce une activité professionnelle n'a aucun lien avec les fondations intimées. Le seul fait que l'institution de prévoyance P. est active dans la même branche économique que les intimées, n'est pas de nature à faire naître une apparence de prévention dans le procès. Dans ces circonstances, il n'y a aucun motif de récusation contre J. (le TFA renvoie à son arrêt du 25 avril 2000 en la cause N. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel E., B 60/99, résumé dans le BPP n° 53 ch. 321 p. 17).

Concernant la conclusion subsidiaire, le TFA retient qu'il est pour le moins douteux que lors de l'engagement en mars 1991, la volonté commune de l'employeur E. et du recourant S. aurait été de subordonner le maintien des rapports de travail à l'obtention du permis de travail pour saisonnier. En effet, une année auparavant en mars 1991, S. avait également commencé à travailler pour E. et que, malgré la réponse négative de l'autorité compétente pour les permis de travail, S. a continué son travail chez E. jusqu'à la fin de l'année 1991. L'année suivante, E. a repris S. à son service sans attendre que l'autorité compétente se prononce sur le droit de S. de travailler en Suisse. De plus, ce n'est qu'après la survenance de l'accident du 7 mars 1991 que la demande de permis de travail a été présentée à l'autorité pour l'année 1991. De toute manière, même si E.

et S. s'étaient mis d'accord sur la résolution des rapports de travail en cas de non-obtention du permis saisonnier, le recourant était au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée au moment de la survenance de l'accident. Vu son salaire de Fr. 580.-- réalisé du 4 au 7 mars 1991, S. pouvait prétendre à un salaire annualisé (cf art. 2 OPP 2) supérieur à la limite fixée à l'art. 7 LPP, qui était alors de Fr. 19'200.-- (RO 1989 II 1901). S. remplissait donc en 1991 les conditions de la soumission à l'assurance obligatoire LPP. Les séquelles de l'accident de S. doivent par conséquent être prises en charge soit par l'institution de prévoyance à laquelle l'employeur de S. était éventuellement affilié à l'époque (art. 10 al. 1 LPP), soit par la Fondation institution supplétive, à défaut d'affiliation (art. 12 al. 1 LPP). Le TFA admet partiellement le recours de S. et renvoie la cause au Tribunal cantonal pour qu'il détermine laquelle des deux intimées doit verser des prestations au recourant.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 57

Du 29 juin 2001

TABLE DES MATIERES

Indications

350 Continuation de l'assurance des travailleuses qui n'ont pas encore atteint l'âge ordinaire de la retraite AVS

- ✍ Loi fédérale du 23 mars 2001 relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle
- ✍ Modification du 21 février 2001 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)
- ✍ Commentaire de la modification du 21 février 2001 de l'OPP 3

Prise de position de l'OFAS

351 Questions sur l'application de la loi fédérale du 23 mars 2001 relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle

Jurisprudence

352 Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée

Indication de l'Administration fédérale des contributions

353 Mesures urgentes dans le domaine du droit de timbre

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

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Indications

350 Continuation de l'assurance des travailleuses qui n'ont pas encore atteint l'âge ordinaire de la retraite AVS

La 10e révision AVS a introduit une élévation progressive de l'âge de la retraite ordinaire des femmes de 62 à 63 ans à partir du 1er janvier 2001 et à 64 ans dès le 1er janvier 2005. L'harmonisation de l'âge de la retraite des femmes entre l'AVS et la LPP devait être réalisée dans le cadre de la 1ère révision LPP. Toutefois, cette révision n'est pas entrée en vigueur selon le calendrier initial, soit au 1er janvier 2001, ce qui fait que l'âge de la retraite pour les femmes dans l'AVS et la LPP est différent. Il en est résulté une situation problématique pour les femmes qui poursuivent leur activité lucrative jusqu'à 63 ans, âge ordinaire de la retraite AVS, alors qu'elles ont déjà atteint l'âge de la retraite selon la LPP. C'est pourquoi il était nécessaire d'introduire par une loi fédérale urgente l'obligation pour les travailleuses de continuer l'assurance dans la prévoyance professionnelle jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS.

L'Assemblée fédérale a adopté à l'unanimité en date du 23 mars 2001 la loi fédérale urgente relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle. Cette loi est entrée en vigueur le 24 mars 2001 et prévoit, à son article 3, une réaffiliation avec effet rétroactif au 1er janvier 2001.

Le manque de coordination entre les 1er et 2e piliers a aussi posé problème dans le 3e pilier. Cette situation désavantage les femmes de 62 ans qui continuent d'exercer une activité lucrative, car, selon la réglementation actuelle, elles ne peuvent plus maintenir leur assujettissement à la prévoyance professionnelle, ni verser des cotisations déductibles fiscalement pour des formes reconnues de prévoyance (pilier 3a).

Selon la modification du 21 février 2001 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3), entrée en vigueur le 1er janvier 2001, c'est l'âge ordinaire de la retraite AVS - et non pas l'âge de la retraite selon la LPP - qui est déterminant depuis 2001.

Nous publions ci-après le texte de la loi fédérale urgente sur la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle. Nous prenons aussi position sur des questions actuelles relatives à l'application de cette loi. Nous vous rendons attentifs au fait qu'il s'agit là d'une opinion de notre office. Il convient donc de réserver la décision du tribunal compétent en cas de litige.

Vous trouverez également ci-joint le texte de la modification de l'OPP 3, ainsi que le commentaire de celle-ci. Seule la version publiée au Recueil officiel fait foi.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Loi fédérale
relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle

du 23 mars 2001[1]

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu l'art. 113 de la Constitution[2],
vu le rapport du 16 janvier 2001 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats[3],
vu la prise de position du Conseil fédéral du 21 février 2001[4],
arrête:

Art. 1 Continuation de l'assurance

Les femmes qui remplissent les conditions prévues à l'art. 7, al. 1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[5] (LPP), ainsi que les femmes qui exercent une activité lucrative et sont assurées facultativement selon l'art. 4, al. 1, LPP, continueront, en dérogation à l'art. 13, al. 1, let. b, LPP, d'être assurées dans la prévoyance professionnelle jusqu'à ce qu'elles atteignent l'âge ordinaire de la retraite dans l'AVS (art. 21, al. 1, let. b, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants[6]).

Art. 2 Conséquences

[1] Pour les femmes qui continuent d'être assurées en vertu de l'art. 1 au-delà de l'âge légal de la retraite prévu à l'art. 13, al. 1, let. b, LPP[7], les bonifications de vieillesse annuelles correspondent à 18 % du salaire coordonné.
[2] Le taux de conversion est adapté en conséquence, conformément à l'art. 13, al. 2, LPP.

Art. 3 Réaffiliation

Les femmes dont les rapports de prévoyance ont pris fin conformément à l'art. 13, al. 1, let. b, LPP[8] avant l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent demander à être

---

[1] RO **2001** 974
[2] RS **101**
[3] FF **2001** 1069
[4] FF **2001** 1897
[5] RS **831.40**
[6] RS **831.10**
[7] RS **831.40**

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

réaffiliées à leur ancienne institution de prévoyance avec effet rétroactif au 1er janvier 2001 si elles remplissent les autres conditions fixées à l'art. 2 LPP. Les prestations déjà versées devront alors être remboursées et les cotisations devront être payées. L'art. 66, al. 1, LPP est applicable par analogie.

Art. 4 Dispositions finales

[1] La présente loi est déclarée urgente conformément à l'art. 165, al. 1, de la Constitution[9]. Elle est sujette au référendum en vertu de l'art. 141, al. 1, let. b, de la Constitution.

[2] Elle entre en vigueur le jour suivant son adoption et a effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la première révision de la LPP[10], mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2004.

[8] RS **831.40**
[9] RS **101**
[10] RS **831.4**

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Ordonnance
sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance
(OPP 3)

Modification du 21 février 2001[1]

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance[2] est modifiée comme suit:

Art. 3 al. 1

[1] Les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS][3]). Elles sont échues au plus tard lorsque l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS.

Art. 7, al. 3 et 4

[3] Les cotisations à des formes reconnues de prévoyance peuvent être versées au plus tard jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al. 1, LAVS).

[4] Au cours de l'année civile où il atteint l'âge ordinaire de la retraite, l'assuré peut verser la totalité de la cotisation.

II

Disposition transitoire

Les femmes nées en 1944, 1945 et 1946 peuvent percevoir les prestations de vieillesse au plus tôt six ans avant d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al. 1, LAVS).

---

[1] RO **2001** 1068
[2] RS **831.461.3**
[3] RS **831.10**

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

III

La présente modification entre en vigueur avec effet rétroactif au 1er janvier 2001.

Commentaire
relatif à la modification du 21.02.2001 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)

1.Introduction

L'article 3 alinéa 1 OPP 3 précise à partir de quand les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt. L'ancienne disposition (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000) se référait à l'article 13 alinéa 1 LPP qui fixe l'âge ordinaire de la retraite à 65 ans pour les hommes et à 62 ans pour les femmes.

Dans sa version initiale - avant la 10e révision de l'AVS - l'article 3 alinéa 1 OPP 3 se référait non pas à l'âge de la retraite selon la LPP, mais à l'âge de la retraite de l'AVS. La 10e révision de l'AVS a élevé l'âge ordinaire de la retraite AVS pour les femmes à 63 ans dès le 1er janvier 2001. L'article 3 alinéa 1 OPP 3 a été modifié (depuis le 1er janvier 1997) pour être adapté à la 10e révision de l'AVS et afin de garantir une solution commune pour le 2e pilier et le 3e pilier.

Lors de cette adaptation de l'OPP 3, on escomptait que la 11e révision de l'AVS et la 1re révision de la LPP - qui prévoyaient de coordonner l'âge de la retraite des femmes dans le 1er pilier et le 2e pilier - entreraient en vigueur le 1er janvier 2001. Les changements dans la situation économique ont cependant occasionné un retard dans le programme de révision, avec pour conséquence que, depuis le 1er janvier 2001, l'âge ordinaire des femmes dans l'AVS diffère de celui fixé par la LPP.

La modification décidée par le Conseil fédéral vise à permettre aux femmes de pouvoir continuer à effectuer des versements pour le pilier 3a au-delà de l'âge de 62 ans, à condition qu'elles continuent à exercer une activité lucrative soumise à l'AVS. Il s'agit d'éviter une discrimination entre les femmes et les hommes, conformément à l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

2.Commentaire détaillé des dispositions

Article 3 alinéa 1

La modification proposée de l'article 3, alinéa 1, première phrase, OPP 3 correspond à la version initiale de cette disposition avant l'entrée en vigueur de la 10e révision de l'AVS, avec la précision que désormais c'est l'âge *ordinaire* de la retraite AVS qui est pris en compte. Cette précision est nécessaire du fait que la 10e révision de l'AVS a introduit la possibilité de prendre une retraite anticipée. Pour les femmes, l'âge minimum

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

pour le versement des prestations de vieillesse du pilier 3a sera par conséquent élevé à 58 ans, et non plus 57 ans comme c'est le cas jusqu'à présent.

Pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, la deuxième phrase du même alinéa ancre expressément dans la loi la pratique actuelle selon laquelle un report des prestations de vieillesse n'est pas possible au-delà de l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS. L'exigibilité des prestations de vieillesse (c.-à-d. l'âge terme) coïncide ainsi avec le moment jusqu'auquel les cotisations peuvent être versées au plus tard (art. 7, al. 3). Le point de rattachement objectif pour déterminer à partir de quand la retraite anticipée est possible est l'âge ordinaire de la retraite AVS élevé à 63 ans pour les femmes depuis le 1er janvier 2001, et non pas les rapports individuels de prévoyance. A partir du 1er janvier 2005 (élévation à 64 ans), les femmes pourront ainsi demander le versement anticipé des prestations de vieillesse au plus tôt à l'âge de 59 ans. Une disposition transitoire est prévue pour les femmes nées en 1944, 1945 et 1946 (voir le tableau ci-dessous).

Article 7 alinéas 3 et 4 (nouveau)

L'article 3 alinéa 1 OPP 3 fixe le moment à partir duquel les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt, et non pas l'âge terme où les rapports de prévoyance prennent fin. Il se justifie donc, pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, de fixer expressément à l'article 7 OPP 3 l'âge terme pour le pilier 3a. Le nouvel alinéa 3 de cet article précise jusqu'à quel âge les femmes ou les hommes peuvent effectuer des versements déductibles fiscalement pour le pilier 3a (à une fondation bancaire ou à une assurance). Le renvoi à l'âge ordinaire de la retraite AVS permet aux femmes de continuer, puis de terminer leur prévoyance du pilier 3a en coordination avec le 1er pilier (ce problème ne se pose pas pour les assurés masculins, étant donné que l'âge ordinaire de la retraite des hommes est le même dans le 1er pilier et dans le 2e pilier).

Le nouvel alinéa 4 stipule qu'au cours de l'année civile où l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite, celui-ci peut verser la totalité de la cotisation au pilier 3a. Il n'y a donc pas de calcul au pro rata des déductions maximales admissibles.

3.Disposition transitoire et entrée en vigueur

Jusqu'à la date prévue pour l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP, les femmes nées en 1944, 1945 et 1946 doivent avoir les mêmes possibilités de versement anticipé des prestations de vieillesse que sous l'ancien droit: elles doivent pouvoir toucher leurs prestations à partir de 57 ans, comme c'était le cas jusqu'à présent (soit 6 ans avant l'âge ordinaire de la retraite dans l'AVS). La disposition transitoire se réfère à l'âge ordinaire de la retraite pour les femmes dans l'AVS, c'est-à-dire 63 ans depuis le 1er janvier 2001, et non pas à l'âge déterminé par les rapports individuels de prévoyance (voir le tableau ci-dessous). La disposition transitoire proposée tient compte du fait, qu'en raison de l'insécurité juridique liée aux divergences entre l'AVS et la LPP pour l'âge de la retraite, ces femmes pourraient déjà avoir pris des dispositions sur lesquelles elles ne pourraient pas revenir (par exemple liquidation d'entreprise). Une période transitoire de 3 ans (de 2001 à 2003) est ainsi instaurée pour permettre aux femmes

assurées dans le pilier 3a et aux institutions concernées de s'adapter à la nouvelle réglementation de l'article 3 alinéa 1.

Les femmes nées en 1942 et 1943 ne doivent plus être mentionnées dans la disposition transitoire, car l'ordonnance actuelle leur confère déjà le droit de percevoir des prestations du pilier 3a dès l'âge de 57 ans : les femmes nées en 1942 ont cette possibilité depuis 1999 et celles nées en 1943 depuis 2000 (voir le tableau ci-dessous). Les femmes nées en 1942 et 1943 qui n'ont pas encore fait usage de ce droit conservent la possibilité de demander en 2001 le versement anticipé des prestations de vieillesse du pilier 3a. La présente modification d'ordonnance ne restreint pas les possibilités **actuelles** de versement des prestations du pilier 3a. Il faut en effet respecter le principe général de l'égalité de traitement (il y a égalité de traitement entre toutes les femmes ayant la même année de naissance, peu importe qu'elles aient ou non déjà obtenu le versement de prestations du pilier 3a).

Tableau

	Versement anticipé possible dès	Femmes nées en	Age de la retraite LPP	Age ordinaire de la retraite (examen objectif)	Versement anticipé 5 ans avant l'âge terme	Versement anticipé 6 ans avant l'âge terme
Ancien droit	1999	1942	62		57	–
	2000	1943	62		57	–
Nouveau droit	2001	**1944**		63		**57**
	2002	**1945**		63		**57**
	2003	**1946**		63		**57**
	2006	1947		64	**59**	–
	2007	1948		64	**59**	–
	2008	1949		64	**59**	–

Afin d'éviter une lacune dans la prévoyance des femmes nées en 1939, la présente modification est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1er janvier 2001.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Prise de position de l'OFAS

351 Questions sur l'application de la loi sur la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle

1. Quel est le champ d'application de la LC?

Les femmes qui continuent d'exercer une activité lucrative après l'âge de 62 ans (soit comme salariées, soit comme indépendantes) et qui remplissent les conditions d'assujettissement à la LPP restent assurées dans la LPP. L'art. 1 LC constitue une disposition spéciale qui prime sur l'art. 13, al. 1, let. b, LPP. La LC s'applique seulement à la prévoyance professionnelle obligatoire.

La LC pose les quatre principes suivants :

- La LC concerne uniquement les femmes qui continuent d'exercer une activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite LPP fixé à 62 ans.
- Si une femme n'a pas encore atteint l'âge de 62 ans, les prestations minimales LPP se déterminent comme actuellement, avec un âge ordinaire de la retraite LPP à 62 ans.
- Si le droit à des prestations d'invalidité est né avant l'âge de 62 ans révolus, la LC n'a pas de conséquences sur ces prestations.
- La LC n'a pas de conséquences sur les prestations en cas de décès si celui-ci est survenu avant l'âge de 62 ans révolus.

2. La nouvelle LC élève-t-elle l'âge légal de la retraite des femmes?

Non, l'âge ordinaire de la retraite des femmes selon l'art. 13, al. 1, let. b, LPP reste en principe inchangé après l'entrée en vigueur de cette LC. Cependant, selon cette loi, les femmes qui continuent de travailler après l'âge de 62 ans jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS et qui gagnent un salaire annuel AVS de plus de 24'720 francs par an (montant-seuil pour l'assurance obligatoire) doivent continuer d'être assurées si elles remplissent les conditions d'assujettissement de la LPP (salariées et indépendantes). Les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leurs règlements un abaissement du montant-seuil, afin de permettre la continuation de l'assurance pour les femmes travaillant à temps partiel.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

3. Quelles sont les conséquences fondamentales de la continuation de l'assurance?

La continuation de l'assurance doit être comprise dans un sens littéral selon la LPP obligatoire : l'assurée qui remplit les conditions de l'art. 1 LC est couverte pour les 3 cas de prévoyance : vieillesse, décès et invalidité. Selon l'art. 2, al. 1, LC, les bonifications de vieillesse correspondent à 18 % du salaire coordonné pour les femmes qui continuent d'être assurées.

Sur le plan des prestations, l'art. 2, al. 2, LC stipule que le taux de conversion (permettant de calculer la rente de vieillesse) devra être adapté en conséquence.

4. Comment la LC traite-t-elle le risque invalidité?

Par « cas de risque invalidité », la jurisprudence fédérale vise la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité (art. 23 LPP). La LC ne vise pas les cas de risque qui se produisent avant l'âge de 62 ans. Cette loi ne concerne que les cas de prévoyance des femmes qui continuent de travailler et d'être assurées après 62 ans, mais qui n'ont pas encore atteint l'âge ordinaire de la retraite AVS (63 ans depuis le 1.1.2001). Les cas d'invalidité survenus avant l'entrée en vigueur de la LC ne sont pas soumis à cette loi (d'une part, à cause de l'interdiction de la rétroactivité et, d'autre part, du fait que la continuation de l'assurance est liée à l'exercice d'une activité lucrative après 62 ans). Il est à relever que l'art. 3 LC prévoit un assujettissement rétroactif à cette loi au 1er janvier 2001 (cela vaut aussi pour les cas d'invalidité survenus entre le 1er janvier 2001 et le 23 mars 2001, dans la mesure où les conditions de la continuation de l'assurance sont remplies). Il faut en outre déterminer le moment où le droit à la rente d'invalidité a pris naissance. Ce moment correspond à celui de l'AI (art. 26 LPP, art. 29 LAI). Il y a en principe une année entre le début de l'incapacité de travail et la naissance du droit à la rente (art. 29, al. 1, let. b, LAI). Cependant, dans de rares cas, le droit à la rente naît dès le début de l'incapacité de travail (art. 29, al. 1, let. a, LAI).

Si une travailleuse continue d'être assurée selon la LC et qu'elle devient invalide après l'âge de 62 ans révolus, il faudra examiner, dans le premier pilier, si elle a droit à une rente d'invalidité de l'AI ou si elle peut prétendre à une rente de vieillesse AVS dès 63 ans révolus :

- Si elle a droit à une rente d'invalidité de l'AI, elle pourra également prétendre à une rente d'invalidité LPP (art. 24 LPP). Le calcul de la rente d'invalidité se base sur les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures de 18 %, projetées dans leur totalité ou au pro rata jusqu'à l'âge de 63 ans (art. 24, al. 2, let. b, LPP, art. 11, al. 3, let. b, OPP 2). Par contre, si l'assurée était en incapacité de travail avant l'âge de 62 ans et que le droit à la rente d'invalidité est né entre 62 et 63 ans, l'avoir de vieillesse sera alors projeté jusqu'à l'âge de 62 ans, car

cette personne n'était pas assurée au deuxième pilier sur la base de la LC, en l'absence de capacité de travail.

- Si l'assurée n'a pas droit à une rente d'invalidité de l'AI, elle recevra une rente de vieillesse LPP Le calcul de cette rente se base sur l'avoir de vieillesse disponible lorsque cesse le versement du salaire ou des indemnités perte de gain de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents, mais au plus tard à l'âge ordinaire de la retraite AVS; le taux de conversion devra être adapté en conséquence (voir art. 2 LC).

5. Qu'en est-il du risque décès avec la LC ?

Comme la rente de veuf ne fait pas partie des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire, une rente d'orphelin sera en tout cas versée en cas de décès d'une femme de 62 ans qui a continué l'assurance selon la LC (s'il y a par exemple des enfants qui n'ont pas fini leur formation professionnelle ou si la défunte s'occupait d'enfants recueillis). Le calcul de la rente d'orphelin se base sur celui de la rente d'invalidité entière (art. 21, al. 1, LPP).

6. Quand l'institution de prévoyance peut-elle transformer une rente d'invalidité en rente de vieillesse?

Il est fréquent que le règlement prévoie une transformation de la rente d'invalidité en cours en rente de vieillesse au moment de l'âge légal de la retraite. Cette transformation ne correspond certes pas au système de la LPP qui prévoit le versement d'une rente d'invalidité viagère. Cette conversion est cependant admissible, à condition le montant de la rente de vieillesse réglementaire soit au moins égal à celui de la rente d'invalidité LPP. Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, la rente d'invalidité en cours n'est pas transformée en rente de vieillesse au moment de l'âge de la retraite. Lorsque l'institution de prévoyance prévoit la transformation et qu'il s'agit d'un plan minimum LPP, la transformation devra avoir lieu à l'âge de 62 ans révolus pour les femmes en question. Celles-ci ne pourront pas continuer d'être assurées au sens de la LC, car elles n'exercent pas d'activité lucrative.

7. Qu'en est-il du versement en capital (art. 37, al. 3, LPP) en cas d'activité lucrative après l'âge de 62 ans?

Lorsqu'une femme a demandé dans les délais le versement en capital de sa prestation de vieillesse, cela n'exclut nullement la continuation de l'assurance si toutes les conditions de la LC sont remplies. Le versement en capital ne pourra

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

toutefois avoir lieu que lorsque l'assurée atteindra l'âge ordinaire de la retraite AVS (63 ans).

8. Est-ce que la LC a des conséquences sur le versement anticipé pour la propriété du logement (art. 30c, al. 1, LPP)? Les institutions de prévoyance doivent-elles adapter leurs règlements sur ce point ?

Non, car l'âge ordinaire de la retraite des femmes selon la LPP n'est pas relevé (voir question 2). La jurisprudence du TFA reste valable (ATF 124 V 276) : l'assuré peut demander le versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations *réglementaires* de vieillesse. Les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leurs règlements des solutions plus favorables aux assurés.

9. Qu'en est-il lorsque la travailleuse, qui continue d'être assurée, est licenciée ou donne elle-même son congé entre l'âge de 62 et 63 ans?

Si l'assurée donne ou reçoit son congé avant d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite AVS, elle aura droit à une rente de vieillesse LPP. Le calcul de cette rente se base sur l'avoir de vieillesse disponible au moment de la fin des rapports de travail; le taux de conversion devra être adapté en conséquence.

Si l'assurée reprend immédiatement un nouvel emploi, elle aura droit, conformément aux dispositions réglementaires, soit à une rente de vieillesse, soit à une prestation de libre passage.

10. Jusqu'à quand le versement des prestations de vieillesse dues en vertu de polices et de comptes de libre passage peut-il être reporté dans le cas d'une femme qui continue d'être assurée selon la LC et qui dispose d'un avoir de libre passage qui n'a pas été transféré à l'institution de prévoyance ?

Pour les femmes qui continuent d'être assurées selon la LC, c'est l'âge effectif de la retraite (âge ordinaire de la retraite AVS) qui est déterminant. L'art. 1 LC constitue une disposition spéciale qui prime sur l'art. 13, al. 1, let. b, LPP. Par conséquent, selon l'art. 16, al. 1, OLP en relation avec l'art. 1 LC, le versement des prestations de vieillesse dues en vertu de polices et de comptes de libre passage peut être reporté au plus tard jusqu'à cinq ans après l'âge ordinaire de la retraite AVS (68 ans) pour les femmes qui continuent d'être assurées, cela à condition que le report du versement de la rente soit prévu par le règlement de l'institution de libre passage.

Comme c'est déjà le cas actuellement, le versement anticipé est possible au plus tôt dès que l'assurée atteint l'âge de 57 ans (à ce moment-là, elle ne sait pas encore si elle exercera une activité lucrative après l'âge de 62 ans).

11. Faut-il maintenir les cotisations au fonds de garantie et les contributions pour mesures spéciales lorsque les conditions de continuation de l'assurance de l'art. 1 LC sont remplies?

En cas de continuation de l'assurance des travailleuses, il faut continuer à verser les subsides pour structure d'âge défavorable (art. 56, al. 1, let. a, LPP, art. 15 OFG) et les cotisations au titre de prestations pour insolvabilité (art. 56, al. 1, let. b et c, LPP, art. 16 et 17 OFG). Le calcul des subsides pour structure d'âge défavorable se base sur la somme des salaires coordonnés de tous les assurés qui ont versé des cotisations pour les prestations de vieillesse. Pour ce calcul, il faut donc prendre en compte la somme des salaires coordonnés des femmes qui continuent d'être assurées.

Les contributions pour mesures spéciales au sens de l'art. 70, al. 1, LPP doivent continuer d'être versées jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS, si une femme continue l'assurance selon la LC.

12. Comment calculer les bonifications complémentaires uniques si les conditions pour la continuation de l'assurance sont remplies ?

Bien qu'aucune femme assujettie à la LC ne parvienne à l'âge de la retraite de 63 ans en 2001, nous publions les valeurs à cet âge-là pour compléter les tabelles de la brochure « **Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 2001** ». Ces valeurs peuvent être utiles pour déterminer, par exemple par interpolation, la bonification complémentaire unique (art. 70, al.1, LPP) d'une femme qui cesse son activité lucrative à l'âge de 62 ans et quelques mois et qui, de ce fait, a droit à une rente de vieillesse. Comme il n'y a pas de prescription de calcul de la bonification dans un tel cas, la caisse de pension est en effet libre d'appliquer la méthode qu'elle souhaite.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

La **tabelle 1** de la brochure est complétée par les valeurs-limites de l'avoir de vieillesse en francs suivantes :

Age de la retraite des femmes : **63** ans		
Échéance du droit aux prestations à la fin du mois de	**Valeurs-limites** de l'avoir de vieillesse **en 2001**	
	inférieures	supérieures
Janvier	30'221	60'442
Février	30'442	60'884
Mars	30'663	61'326
Avril	30'884	61'768
Mai	31'105	62'210
Juin	31'326	62'652
Juillet	31'547	63'094
Août	31'768	63'536
Septembre	31'989	63'978
Octobre	32'210	64'420
Novembre	32'431	64'862
Décembre	32'652	65'304

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

La **tabelle 2** de la brochure, en cas de lacune d'assurance, est complétée par les valeurs suivantes :

Age de la retraite des femmes : **63** ans				
Non assujetti à la LPP durant l'année	Réduction des valeurs-limites par mois, sans assurance, à l'échéance du droit aux prestations **en 2001** à la fin du mois de :			
	janvier à juin		juillet à décembre	
	inférieure	supérieure	inférieure	supérieure
1985	109.00	218.00	111.00	222.00
1986	111.00	222.00	113.00	226.00
1987	145.00	290.00	148.00	296.00
1988	146.00	292.00	149.00	298.00
1989	140.50	281.00	143.50	287.00
1990	171.50	343.00	175.00	350.00
1991	165.00	330.00	168.50	337.00
1992	178.50	357.00	182.00	364.00
1993	180.00	360.00	183.50	367.00
1994	173.00	346.00	176.50	353.00
1995	171.00	342.00	174.50	349.00
1996	164.50	329.00	168.00	336.00
1997	162.00	324.00	165.00	330.00
1998	156.00	312.00	159.00	318.00
1999	152.00	304.00	155.00	310.00
2000	146.00	292.00	149.00	298.00
2001	149.50	299.00	149.50	299.00

13. Les rentes d'invalidité et de survivants doivent-elles être adaptées à l'évolution des prix lorsqu'une femme continue l'assurance selon la LC?

Non, voir l'art. 36, al. 1, LPP.

14. Faut-il continuer de tenir un « compte-temoin » (« Schattenrechnung ») lorsque les conditions de continuation de l'assurance sont remplies?

Par « compte-témoin » (« Schattenrechnung »), on vise la tenue d'un compte de vieillesse selon l'art. 11, al. 1, OPP 2. En principe, la tenue du compte-témoin cesse au moment de l'âge ordinaire de la retraite LPP (62 ans pour les femmes). Exceptionnellement, si une femme continue d'exercer une activité lucrative après 62 ans révolus et qu'elle remplit les autres conditions pour la continuation de l'assurance selon la LC, l'institution de prévoyance devra tenir un compte-témoin jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Jurisprudence

352 Nullité du paiement en espèces lorsque la signature du conjoint manque ou qu'elle a été falsifiée

A relever : un arrêt cardinal du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich du 24 janvier 2001 dans la cause M.H. et al. (cette décision a été portée par l'institution de prévoyance devant le TFA qui ne s'est pas encore prononcé.)

Selon l'art. 5, al. 2, de la LFLP, le paiement en espèces de la prestation de sortie à l'ayant droit marié n'est admissible que si son conjoint y consent par écrit. Cette disposition est destinée à protéger la famille, car la décision relative au paiement en espèces concerne les deux époux et déploie des effets sur leurs enfants. Au cas où le consentement de l'autre conjoint ne pourrait être obtenu ou s'il est refusé sans motif légitime, l'assuré peut en appeler au tribunal (art. 5, al. 3, LFLP. Cette disposition est calquée sur le droit du bail et vise à empêcher que le conjoint ayant droit qui désire recevoir le paiement en espèces soit totalement livré à l'arbitraire de l'autre conjoint. Dans de pareils cas, le consentement de l'autre conjoint peut être remplacé par celui du juge.

La demande de paiement en espèces de la prestation de sortie n'est pas soumise à une forme écrite spécifique et peut donc être effectuée sans observer de forme. En revanche, le consentement du conjoint au paiement en espèces doit revêtir la forme écrite ; la forme écrite simple suffit. Le fait que la validité d'un contrat (cf. art. 11, al. 2, CO) dépend de l'observation d'une forme prescrite par la loi permet de déduire que les contrats ne respectant pas la forme prescrite sont en principe nuls. Néanmoins, la conséquence de la nullité est notablement limitée par l'interdiction d'abus de droit (art. 2, al. 2, CC). Si le contrat inefficace quant à sa forme a été complètement exécuté, il faut considérer l'invocation du vice de forme comme un abus de droit. Par conséquent, l'assuré avantagé par le paiement en espèces ne peut ultérieurement se prévaloir de la nullité formelle. Bien au contraire, il revient au conjoint extérieur à la relation de prévoyance d'invoquer ce vice, dans la mesure où l'on n'est en présence d'aucun consentement au paiement en espèces ou seulement d'un consentement frappé d'invalidité (p.ex. signature falsifiée). Dans ce cas, l'institution de prévoyance risque de devoir effectuer un paiement supplémentaire à l'autre conjoint dans la mesure où elle ne peut, à son égard, se prévaloir d'une exécution valable, respectivement dans la mesure où elle ne peut apporter la preuve d'une exécution correcte (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 51 du 22 juin 2000, ch. 302). A cet égard, le principe du degré de preuve de la vraisemblance prépondérante qui prévaut habituellement dans le droit des assurances sociales n'est que d'un maigre secours pour l'institution de prévoyance.

La question de savoir si l'institution de prévoyance a violé son devoir de diligence en versant la prestation de libre passage n'est pas déterminante. C'est de toute manière l'institution de prévoyance qui supporte le risque d'une signature falsifiée du conjoint appelé à donner son consentement. C'est pourquoi, il est recommandé, en cas de doute, de faire examiner l'authenticité de la signature du conjoint consentant.

Indication de l'Administration fédérale des contributions

353 Mesures urgentes dans le domaine du droit de timbre

A la demande de l'Administration fédérale des contributions (AFC), l'OFAS publie la contribution suivante de l'AFC relative à la nouvelle réglementation du droit de timbre. Les éventuelles questions au sujet de la présente indication doivent être adressées à l'AFC.

Loi fédérale sur les droits de timbre (LT)

Le 15 décembre 2000, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale instaurant de nouvelles mesures urgentes dans le domaine du droit de timbre de négociation. Par celle-ci, les institutions suisses de prévoyance professionnelle et de prévoyance liée seront assujetties en tant que commerçant de titres dès le 1er juillet 2001 si l'actif du bilan se compose pour plus de 10 millions de francs de documents imposables (bouclement jusqu'au 31.12.2000). Les institutions concernées doivent s'annoncer spontanément à l'AFC. Les institutions suisses d'assurances sociales, la Confédération, les cantons et les communes politiques seront également assujettis, indépendamment de la structure de leur bilan.

Comment s'effectue l'analyse du bilan en vue de déterminer un éventuel statut de commerçant de titres ? Le tableau ci-dessous apporte la réponse:

Critères	*Assujettissement/ Registre des négociations*	*Explications*
Total des actifs: Actifs supérieurs à 10 mios de francs? **non** →	pas d'assujettissement	
↓ **oui**		
Actifs: Détermination de la structure du bilan selon documents imposables et documents non imposables.		**Sont des documents imposables:** Obligations, actions, parts de Sàrl et de stés coopératives, bons de participation et de jouissance, parts de fonds de placement **Ne sont pas des documents imposables:** Hypothèques, prêts individualisés, parts de fondations de placement, placements fiduciaires
Importance des documents imposables: Total des documents imposables supérieur à 10 mios de francs ? **non** →	pas d'assujettissement	
↓ **oui**		
Annonce: S'annoncer auprès de l'AFC en joignant le dernier bilan. L'AFC répondra par une lettre d'assujettissement contenant des annexes (Directives, No de dossier).		**Manière de s'annoncer:** Aucun formulaire n'est nécessaire. Une courte lettre avec l'adresse de l'institution de prévoyance contenant le dernier bilan (jusqu'au 31.12.2000) est suffisante. L'annonce peut être faite dès maintenant
Domicile de la banque partenaire: Les opérations sur documents imposables sont-elles traitées uniquement auprès de banques suisses ? **non** →	**Registre des négociations** Pour les transactions qui ne sont pas effectuées par l'intermédiaire d'une banque suisse, un registre des négociations doit être tenu.	**Procédure de décompte** Si le montant du droit est supérieur à fr. 5000.-- par an, décompte trimestriel sinon annuel.
↓ **oui**		
Autres tâches administratives: La déclaration 9 annuelle doit être signée et retournée avec zéro jusqu'à fin janvier.		

Effingerstrasse 20, 3003 Berne, Téléphone 031 322 91 51,
Téléfax 031 324 06 83
Internet: http://www.ofas.admin.ch

Informations:

Administration fédérale des contributions
Section banques, fonds de placement,
Commerçant de titres
Eigerstrasse 65
3003 Berne

Tel. 031 / 322 72 37
Fax 031 / 322 71 59

E-Mail: dvs@estv.admin.ch / www.estv.admin.ch

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 58

Du 10 octobre 2001

TABLE DES MATIERES

Indications
-

Prise de position de l'OFAS
354 Encouragement au logement : questions liées au gage dans le 2ème et 3ème piliers
355 Encouragement au logement : responsabilité solidaire des époux
356 Encouragement au logement et délai de 3 ans de l'art. 30c al. 1 LPP
357 Les versements de bonus sont-ils soumis à cotisations selon la LPP ?
358 Fiscalisation des plans d'épargne pour cadres
359 Transfert de l'avoir de prévoyance entre institution de prévoyance suisses et liechtensteinoises

Jurisprudence
360 Précision concernant la force contraignante de la décision de l'AI pour le début de l'incapacité de travail
361 Rente d'invalidité payée à vie
362 Cas spécial de début du délai de prescription des cotisations
363 Motif de récusation d'un juge
364 Droit à une attestation de départ

Errata
365 Bulletin 57 ch. 551, note 8

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 91 51, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Prise de position de l'OFAS

354 Encouragement au logement : questions liées au gage dans le 2ème et 3ème piliers

1. Le droit de gage sur des capitaux de prévoyance du 2e pilier et du pilier 3a subsiste-t-il lorsque l'une des conditions de la mise en gage (par exemple celle des besoins propres) n'est plus remplie ultérieurement ?

On sait que l'exigence d'utiliser les capitaux de prévoyance professionnelle „en vue d'acquérir un logement pour ses propres besoins" est l'une des conditions tant de la mise en gage que du versement anticipé. C'est le cas aussi bien dans le 2e pilier que dans le pilier 3a (voir art. 4, al. 2, et art. 3, al. 5, OPP 3). L'exigence des besoins propres, c'est-à-dire l'utilisation du logement par la personne assurée elle-même (art. 4 OEPL), doit être remplie non seulement au moment où le droit de gage est constitué, mais également en principe pendant toute la durée de l'utilisation des capitaux de prévoyance professionnelle ou jusqu'à la survenance du cas de prévoyance.

Or, il arrive souvent que par la suite, la personne assurée cesse d'utiliser le logement pour ses propres besoins, car elle le loue ou le vend par exemple ou encore le grève d'un autre droit réel (droit d'habitation, usufruit). L'institution de prévoyance et le créancier-gagiste n'en seront peut-être pas informés ou ne l'apprendront que plus tard, voire même pas du tout. Le fait de ne plus utiliser le logement pour ses propres besoins a-t-il une incidence sur le droit de gage dont dispose le créancier-gagiste pour garantir sa créance contre la personne assurée ? Cette question a été posée à notre office à plusieurs reprises ces derniers temps.

L'OFAS s'est prononcé sur cette question et sur d'autres questions liées à la mise en gage de capitaux de prévoyance dans différents articles parus dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle (n° 31, du 8 décembre 1994, ch. marg. 180, ch. 1, et n° 55, du 30 novembre 2000, p. 7 ss.). Après consultation de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, il convient d'apporter les précisions suivantes :

Contrairement au droit en vigueur jusqu'ici[1], la législation actuelle sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle ne règle plus les conséquences découlant du fait que les conditions nécessaires pour la mise en gage ne sont plus remplies. Une extinction du droit de gage « de par la loi » ne découle donc

[1] Cf. (ancien) art. 11 de l'ordonnance du 7 mai 1986 réglant l'encouragement de la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle vieillesse (SR 831.426.4) et Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 6, du 3 décembre 1987, p. 5.

plus de la LPP[2]. Comme la LPP et l'OEPL, en tant que réglementation spéciale, ne régissent pas les causes d'extinction, les dispositions déterminantes en la matière sont les règles générales du droit civil.

La mise en gage du droit à des prestations de prévoyance ou d'un montant à concurrence de la prestation de libre passage de la personne assurée constitue un gage sur des créances et autres droits conformément aux art. 899 à 906 CC : l'objet du gage en l'occurrence n'est pas un immeuble, mais un droit. En vertu de l'art. 899, al. 2, CC, le gage sur les créances et le gage sur les autres droits sont régis, sauf disposition légale contraire, par les dispositions concernant le nantissement. Le CC ne règle pas explicitement l'extinction d'un tel droit de gage, raison pour laquelle s'appliquent les dispositions concernant l'extinction du nantissement (cf. art. 899, al. 2, CC). Conformément à ces dispositions, le gage s'éteint lorsque la créance à garantir est éteinte (principe dit de l'accessoriété : cf. art. 889, al. 1, CC et art. 114, al. 1, CO), notamment dans le cas de l'extinction d'une créance garantie par un gage.

S'agissant de la question posée, il en résulte que le droit de gage accordé sur les capitaux de prévoyance du 2e pilier et du pilier 3a subsiste même si ultérieurement la personne assurée n'utilise plus le logement pour ses propres besoins, cela pour autant que la créance à garantir ne soit pas éteinte. Le gage sur les capitaux de prévoyance n'est en principe pas concerné par le sort du bien acquis au moyen d'un prêt bancaire garanti par un gage sur un droit.

2. La réalisation du gage sur une prestation de libre passage est-elle encore autorisée lorsqu'au moment où le créancier gagiste réclame la réalisation du gage, l'une des conditions de la mise en gage n'est plus remplie ?

Comme la LPP, en tant que loi spéciale, ne règle pas cette question, il faut partir du principe général du droit civil et d'exécution selon lequel tout gage peut être réalisé pour autant que la créance soit exigible et que le gage ne soit ni éteint ni suspendu.

355 Encouragement au logement : responsabilité solidaire des époux

Montant du versement anticipé pour le remboursement d'un prêt hypothécaire contracté en commun par les époux (responsabilité solidaire), copropriétaires de l'immeuble
(art. 1 al. 1 let. c OEPL; art. 143ss CO)

Les époux A et B sont solidairement responsables d'un emprunt hypothécaire (art. 143ss CO) contracté sur un immeuble acquis en copropriété pour moitié chacun, qu'ils

[2] Autre avis: M. Moser, „Die Anforderungen des neuen Wohneigentumsförderungsgesetzes" (les exigences de la nouvelle loi sur l'encouragement à la propriété du logement, en allemand seulement) dans RSAS 1995, cahier 2, p. 133 et RSAS 1995, cahier 3, p. 217, note 114: Moser continue de partir du principe de l'extinction *ex lege* du gage lorsqu'il n'y a plus utilisation pour ses propres besoins.

aimeraient amortir à l'aide d'un versement anticipé, conformément à l'article 1, 1er alinéa, lettre c, OEPL. Notre office a déjà signalé dans son «Bulletin de la prévoyance professionnelle» no 37, du 11 décembre 1996, sous chiffre 215, point 5, que ce cas devait être traité de la même manière que le versement anticipé selon l'article 1, 1er alinéa, lettre a, OEPL et qu'il y avait donc lieu de limiter le montant du versement anticipé que se soit pour l'achat d'un appartement ou le remboursement d'un prêt hypothécaire, à la valeur de la part de propriété du conjoint, en l'occurrence à la moitié de la valeur de l'immeuble.

Ces considérations valent aussi pour la responsabilité solidaire, à savoir que lorsque le créancier hypothécaire actionne l'un ou l'autre époux en remboursement de la totalité de l'hypothèque, le montant du versement anticipé que le conjoint débiteur pourra faire valoir auprès de son institution de prévoyance se limitera à sa quote part et non à la valeur totale de l'immeuble. La manière dont il pourra faire valoir ses droits à l'égard de l'autre conjoint solidaire n'est pas un problème relevant de l'accession à la propriété du logement selon la LPP mais de l'article 148 CO.

356 Encouragement au logement et délai de 3 ans de l'art. 30c al. 1 LPP

Peut-on déroger à la jurisprudence du TFA au sujet du délai de 3 ans fixé à l'article 30c, 1er alinéa, LPP et doit-il être considéré comme un délai impératif ?

En vertu de l'article 30c, 1er alinéa, LPP, l'assuré peut faire valoir un droit au versement anticipé au plus tard trois ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse. On sait que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), ce délai commence à courir à partir du moment où l'assuré peut, au plus tôt, exiger des prestations de vieillesse de sa caisse de pensions, donc dès l'âge de la retraite tel qu'il est fixé au plus tôt dans le règlement (cf. arrêt du TFA 124 V 276). Ainsi, en appliquant cette jurisprudence, si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit un droit aux prestations de vieillesse au plus tôt dès l'âge de 60 ans par exemple, un assuré dépassant la limite d'âge de 57 ans est privé de son droit même lorsqu'il continue d'exercer une activité lucrative au-delà de cet âge. On peut dès lors se demander dans un premier temps s'il n'est pas possible de s'écarter de cette contrainte jurisprudentielle en faveur de l'assuré en fixant le point de départ du délai de 3 ans à partir de l'âge ordinaire de la retraite. Nous sommes d'avis qu'une telle modification ne serait pas conforme à l'esprit de la loi.

En effet, la jurisprudence précitée se fonde pour définir les termes de «naissance du droit aux prestations de vieillesse» contenus à l'article 30c alinéa 1, LPP essentiellement sur la volonté manifeste du législateur de combattre les risques de l'antisélection, raison pour laquelle ce délai commence à courir dès l'exigibilité de la prestation de vieillesse. Lorsque le droit à ces prestations est échelonné, comme c'est le cas pour la retraite anticipée (art. 13, 2e al., LPP), le moment déterminant est celui où les premières prestations de vieillesse peuvent être perçues. La volonté du législateur d'atténuer les risques de l'antisélection exerce donc un effet coercitif considérable d'autant plus que

l'on pourrait se poser la question de savoir si cette volonté est encore justifiée vu, d'une part, le peu d'intérêt manifesté par les assurés pour ces nouvelles dispositions de la LPP[3] et vu, d'autre part, que ce risque, contrairement au versement du capital des prestations de vieillesse (art. 37 al. 3, LPP), est amoindri en ce sens que le versement anticipé est limité au maximum à la prestation de libre passage à l'âge de 50 ans ou à la moitié au-delà de cette limite d'âge (art. 30c, 2e al., LPP). Sur ce point, il n'appartient ni à notre office ni au TFA de juger si la volonté du législateur était ou demeure fondée. Néanmoins tel semblerait être le cas puisque dans la première révision de la LPP ce délai est maintenu pour l'accession à la propriété du logement, alors qu' il est envisagé de le supprimer pour le versement du capital[4]. Par ailleurs, dans une jurisprudence récente, le TFA a confirmé son point de vue (arrêt du 18 janvier 1999, dans la cause MZ).
En outre, des considérations d'ordre fiscal plaident également en faveur de l'interprétation du TFA, car plus il est permis d'échelonner les montants des versements anticipés et plus il sera possible de bénéficier d'avantages fiscaux en raison de la progression du taux d'imposition.

Dans un deuxième temps, on peut aussi se demander si ce délai est impératif ou non. La réponse à cette question peut revêtir une certaine importance étant donné qu'elle permettrait dans une certaine mesure de corriger cette jurisprudence en raccourcissant au maximum le délai de 3 ans en le faisant coïncider plus ou moins avec le début réglementaire du droit aux prestations de vieillesse. Dans la pratique, ce point est controversé. Pour notre part, nous pensons qu'il y a lieu de considérer ce délai comme étant impératif pour les raisons principales suivantes:

- une application par analogie de l'article 37, alinéa 3, LPP comme l'envisage certains milieux, compte-tenu du fait que notre office a admis le caractère non impératif de cette disposition (cf. «Bulletin de la prévoyance professionnelle no 42, du 29 octobre 1998, chiffre 248), n'est pas déterminante. C'est oublier en effet que cette disposition n'introduit pas un droit en faveur de l'assuré, l'institution de prévoyance étant finalement libre de prévoir dans son règlement la possibilité du versement en capital. Ce n'est pas le cas de l'article 30c, 1er alinéa, LPP, qui ne laisse aucun choix aux caisses de pensions ;

- les motifs fiscaux relevé plus haut sont là également justifiés étant donné qu'il serait loisible à l'assuré d'affiner encore davantage le morcellement des versements anticipés;

- le délai de 3 ans ne figure pas uniquement à l'article 30c, 1er alinéa, LPP, mais aussi aux articles 30, 3e alinéa, lettre a, LPP pour le remboursement du versement anticipé, et 30e, 3e alinéa, lettre a, LPP, pour la restriction du droit d'aliéner. Dès lors, dans le cas du remboursement, il n'y aurait aucune raison de ne pas admettre ici aussi des dérogations éventuelles car, à l'instar du versement anticipé, il s'agit également de

[3] Cf statistiques de la sécurité sociale 2000, p. 117
[4] Cf message du Conseil fédéral à l'appui de la 1ère révision LPP, art. 37 al. 4 (nouveau)

préserver l'équilibre financier non pas de l'assurance mais de l'institution de prévoyance elle-même.
Quant à la radiation de la mention de la restriction du droit d'aliéner au registre foncier, s'il fallait reconnaître le caractère non impératif du délai de 3 ans que pour le versement anticipé, l'assuré pourrait, entre autres, exiger la radiation de la mention et demander par la suite le versement anticipé sans aucune obligation de rembourser l'institution de prévoyance en cas de vente de l'immeuble ou en cas de décès lorsque cette dernière n'est pas tenue à prestations conformément à l'article 30 d, 1er alinéa, lettre c, LPP. Ainsi, comme on peut le constater, cette question soulève des problèmes annexes dont les conséquences ne sont pas nécessairement conformes au but visé par le législateur.

357 Les versements de bonus sont-ils soumis à cotisations selon la LPP ?

Les montants versés à titre de bonus ou les primes au rendement (la composante du salaire liée à la prestation, à la différence du salaire de base) font partie du salaire déterminant conformément à la législation sur l'AVS (art. 7, let. c, RAVS) et, par conséquent, du salaire assuré ou soumis à cotisations selon la LPP (art. 7, al. 2, LPP). Lorsqu'une entreprise fait entrevoir à ses salariés, dans le contrat de travail, des primes individuelles liées à la prestation, versées régulièrement à condition que la prestation prévue soit fournie (même si le versement varie sur le plan individuel), ces primes ne font pas partie des éléments de salaire de nature occasionnelle dont l'institution de prévoyance peut faire abstraction en vertu de son règlement (art. 3, al. 1, let. a, OPP 2). Dans le domaine *obligatoire* de la prévoyance professionnelle, ce que l'on appelle le bonus est donc toujours soumis à cotisations, indépendamment de son montant.

En revanche, si les bonus et le salaire de base additionnés dépassent le montant du salaire assuré maximal de 74'160 francs par an (état 2001, domaine *surobligatoire*), l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement d'excepter le bonus, entièrement ou en partie, du salaire assuré.

358 Fiscalisation des plans d'épargne pour cadres

Un plan pour cadres fondé sur l'épargne (accumulation du capital) peut-il bénéficier des avantages fiscaux prévus par l'art. 80 LPP ?

Dans un arrêt non encore publié du 26 février 2000, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence du 16 mai 1995 selon laquelle un plan pour cadres (prévoyance complémentaire) ne saurait, au regard de la prévoyance au sens des articles 80ss LPP, se fonder sur une simple accumulation de l'épargne ; les risques d'invalidité et de décès doivent reposer sur la technique d'assurance pour permettre le maintien du niveau de vie antérieur de manière appropriée. La libération des primes en cas d'invalidité n'est pas un critère suffisant pour permettre de considérer le plan comme répondant au

principe d'assurance. Il s'ensuit que des institutions offrant de tels plans purement d'épargne ne sauraient bénéficier d'exonération fiscale. Cette prise de position a été adoptée par le Groupe de travail « Prévoyance » de la Conférence suisse des impôts, d'entente avec l'Office fédéral des assurances sociales.

359 Transfert de l'avoir de prévoyance entre institutions de prévoyance suisses et liechtensteinoises

Diverses questions nous ont été posées en relation avec le transfert d'avoirs de libre passage entre institutions de prévoyance suisses et liechtensteinoises sur la base de la deuxième convention complémentaire en matière de sécurité sociale entre la Suisse et la Principauté du Liechtenstein. Nous vous renvoyons à cet effet à la note d'information de l'OFAS parue dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 56, sous chiffre 333, du 29 décembre 2000, et précisons à ce sujet ce qui suit :

En cas de changement d'emploi d'un pays à l'autre, la protection de la prévoyance, selon cet accord, doit être maintenue sans interruption. En d'autres termes, cela signifie qu'en vertu de la teneur précise de ce traité international, seul le transfert de l'avoir de prévoyance auprès de l'institution de prévoyance compétente de l'assuré est admis. Ainsi, le transfert dans une institution de libre passage de l'autre Etat n'est pas possible, comme jusqu'à présent.

Jurisprudence

360 Précision concernant la force contraignante de la décision de l'AI pour le début de l'incapacité de travail

(renvoi à l'arrêt du 14 août 2000 dans la cause Fondation de prévoyance en faveur du personnel T., B 50/99)

S'agissant des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle dans le régime obligatoire, la décision de l'office AI est en principe contraignante non seulement en ce qui concerne la fixation du taux d'invalidité, mais aussi pour la survenance de l'incapacité de travail invalidante. Ne sont cependant contraignantes que les constatations des organes de l'AI qui sont déterminantes, dans la procédure AI, pour statuer sur le droit à une rente d'invalidité. Or, en l'espèce, comme la fin du délai d'attente d'une année se situait de toute manière dans une période où l'assuré percevait des indemnités journalières de l'AI durant des mesures de réadaptation, il n'y avait pas lieu, dans la procédure AI, de déterminer avec précision le début du délai d'attente et, partant, la date de la survenance de l'incapacité de travail déterminante. Dans ces cas,

les décisions de l'AI n'ont donc pas force contraignante pour ce qui est du début de l'incapacité de travail et, dans la procédure relative aux prestations de la prévoyance professionnelle, le juge examine non seulement si la décision de l'AI est d'emblée insoutenable, mais il dispose encore d'un plein pouvoir d'examen. Par ailleurs, dans la procédure AI, les investigations et les constatations des médecins visent souvent plutôt à déterminer l'état de santé actuel et les perspectives de développement de la capacité de travail de la personne concernée. C'est pourquoi, en l'occurrence, on a procédé à une nouvelle appréciation des constatations médicales issues de la procédure AI à la lumière des explications ultérieures du médecin qui portaient de manière plus précise sur la question du début de l'incapacité de travail.

Il est important de préciser dans quelle mesure les constatations des autorités de l'AI sont pertinentes pour le début de l'incapacité de travail selon l'art. 23 LPP, non seulement après des mesures de réadaptation, mais aussi dans les cas relativement fréquents de demande tardive de rente AI. Dans ces cas, il n'y a généralement pas lieu non plus, pour les autorités de l'AI, de déterminer le début de l'incapacité de travail avec précision.

Cette jurisprudence a entre-temps été confirmée et en partie approfondie dans des arrêts du 2 novembre 2000 (B 50/00, arrêt rendu en français) et du 26 janvier 2001 (B 79/99, B 4/00).

361 Rente d'invalidité payée à vie

(Art. 26 al. 3 LPP - Renvoi à l'arrêt du 24 juillet 2001)

La rente d'invalidité est une rente payée à vie, même dans la prévoyance professionnelle surobligatoire. Dans un arrêt B 48/98 du 24 juillet 2001, en langue italienne, le TFA devait connaître d'une rente d'invalidité versée à une assurée qui avait été affiliée une année seulement auprès de la caisse de pensions. Lorsque cette assurée a atteint l'âge de la retraite, elle a vu sa rente diminuée radicalement (la rente est ainsi passée de quelque 9'000 francs à un peu plus de 2'000 francs). De plus, l'assurée contestait également que le renchérissement ne lui ait plus été accordé.

Pour ce qui est du caractère viager de la prestation d'invalidité, le TFA confirme sa jurisprudence de l'ATF 118 V 106 limitée à la rente obligatoire et autres arrêts postérieurs non publiés et l'étend à la prévoyance surobligatoire. Le TFA estime que, pour respecter le principe de base de la prévoyance professionnelle, selon lequel l'assuré doit pouvoir, lors de la retraite, maintenir son niveau de vie habituel, il doit bénéficier d'une prestation adéquate. Or, tel principe n'est pas garanti dans le cas où, comme en l'espèce, une rente d'invalidité d'un montant proche de 9'000 francs est remplacée par une rente de vieillesse de quelque 2'100 francs. De plus, le TFA admet que, en raison de son invalidité, l'assuré n'est plus à même d'alimenter sa prévoyance vieillesse et ne peut plus constituer son avoir de vieillesse, à l'instar des autres assurés (cons. 3 b). Pour ces raisons, il se justifie de verser la prestation d'invalidité à vie.

362 Cas spécial de début du délai de prescription des cotisations

(renvoi à l'arrêt du 9 août 2001 dans la cause W. H., B 26/99)

W. H. a travaillé pour la SA H. de 1988 à 1993, et il a été qualifié d'indépendant. En 1993, la caisse de compensation a réclamé de la SA H. le paiement d'arriérés de cotisations aux assurances sociales sur les rémunérations versées à W. H.. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral des assurances en 1996. W. H. a été assuré avec effet rétroactif auprès de l'institution de prévoyance à laquelle est affiliée la SA H.. La SA H. a cédé à l'institution de prévoyance la créance portant sur les cotisations de salarié non payées, et l'institution de prévoyance l'a déduite de la prestation de sortie. W. H. a fait valoir l'argument selon lequel la créance de cotisations de salarié était prescrite et ne pouvait donc pas être déduite contre sa volonté.

Le TFA a jugé que la créance relative aux cotisations de salarié non déduites que l'employeur fait valoir à l'égard du salarié devait être examinée à la lumière de l'art. 66, al. 3, LPP, et non de l'art. 62 ss CO (enrichissement illégitime). C'est donc l'art. 41, al. 1, LPP qui s'applique également en ce qui concerne la prescription de ces droits. Le rapport d'assurance entre le salarié et l'institution de prévoyance de son employeur prend naissance de par la loi. Dans ce cas particulier, où la question du statut juridique en matière de cotisations AVS et, partant, de l'obligation de s'assurer selon la LPP ne s'est posée qu'ultérieurement, les cotisations ne sont payables qu'après l'entrée en force de la décision concernant le statut juridique litigieux en matière de cotisations AVS (il en va de même pour la prestation de libre passage). La déduction était donc admissible.

363 Motif de récusation d'un juge

(référence à l'arrêt du TFA du 11 décembre 2000 dans la cause O. T., 7/99)

L'institution de prévoyance I. avait fait réassurer les risques décès et invalidité par la compagnie d'assurance P. et avait confié la comptabilité et l'administration à la société W.-AG. C'est P. qui communiqua le montant de la prestation de vieillesse à l'assuré O. T. Après en avoir discuté avec les experts et le juriste de P., W.-AG fournit des explications à O. T., car celui-ci n'était pas d'accord avec le calcul de la prestation de vieillesse (ce calcul était conforme aux principes généralement reconnus). N'étant pas convaincu par ces explications, O. T. ouvrit action contre l'institution de prévoyance I. W., juge suppléant dans la procédure devant le tribunal cantonal des assurances, était par ailleurs président de l'association dont P. était membre. Le juge W. rendit O. T. attentif au fait qu'il devait s'attendre à ce que sa demande fût rejetée et qu'il risquait de devoir payer une indemnité de procédure à la partie adverse si sa demande s'avérait téméraire.

Le TFA rappelle qu'il y a motif à récusation non seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, mais également lorsque les circonstances constatées objectivement donnent l'apparence de la prévention et font craindre un risque de partialité. L'information donnée au sujet de l'éventuelle obligation de verser une indemnité de procédure n'est pas considérée comme un acte de partialité de la part de W. Le TFA a cependant considéré comme un motif propre à éveiller l'apparence de partialité de W. le fait qu'il préside l'association dont P. est membre depuis des années, même si la partie au procès (institution de prévoyance I.) n'est pas elle-même membre de cette association. Mais comme l'institution de prévoyance I. et P. ont collaboré très étroitement pour le calcul de la rente, le motif de récusation contre W. a été admis.

364 Droit à une attestation de départ

(référence à l'arrêt de la II^{e} Cour de droit public du Tribunal fédéral du 29 juin 2001 dans la cause W.)

Selon l'article 5 alinéa 1 lettre a LFLP, l'assuré peut exiger le paiement en espèces lorsqu'il quitte définitivement la Suisse. Il doit fournir la preuve que son départ à l'étranger a un caractère définitif. Les institutions de prévoyance doivent par conséquent requérir les justificatifs idoines. La plupart du temps, elles exigeront notamment une attestation de départ établie par la commune.

Lors de la délivrance d'une attestation de départ, il s'agit en principe de confirmer le départ en tant que tel, sans émettre de jugement sur les buts poursuivis avec une telle attestation. C'est à la seule institution de prévoyance de décider si les conditions du versement en espèces de la prestation de sortie sont remplies. Si l'autorité doute de la réelle volonté de l'intéressé de quitter définitivement la Suisse ou si elle craint une manœuvre abusive, elle peut le cas échéant compléter l'attestation de départ par les indications nécessaires à l'attention de l'institution de prévoyance.

Sur la base de la Constitution fédérale, le citoyen dispose d'un droit général (non écrit) à ce que les autorités lui délivrent sur demande une attestation relative à un événement contrôlé par celles-ci, par exemple le départ ; ce droit résulte du principe de l'égalité devant la loi (art. 8 Cst) et du principe de la bonne foi auquel sont soumis les organes de l'Etat (art. 9 Cst). Il faut que l'attestation requise soit nécessaire pour des démarches juridiques ultérieures d'une certaine importance et que l'attestation en question reste usuelle. Si ces conditions sont remplies, le contrôle de l'habitant ne peut refuser une attestation de départ que s'il existe des motifs objectifs. Il est par exemple inadmissible de faire dépendre la délivrance de l'attestation de départ du règlement des dettes fiscales.

Errata

365 Bulletin 57 ch. 551, note 8

La dernière phrase du bulletin de la prévoyance professionnelle no 57, du 29 juin 2001, chiffre 351, note 8, prête à confusion en ce sens que ce n'est pas l'article 30c alinéa 1, LPP ayant trait au versement anticipé qui est visé, mais le délai de 3 ans pour le versement en capital selon l'article 37, 3e alinéa, LPP. Il faut donc comprendre que pour les prestations de vieillesse en capital, les institutions de prévoyance peuvent toujours, comme à présent, prévoir des solutions plus favorables aux assurés.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 59

Du 10 décembre 2001

TABLE DES MATIERES

Indications

366 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire à l'évolution des prix au 1er janvier 2002

367 Modification de l'art. 49a OPP2

368 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour 2002

369 Cotisations au fonds de garantie pour 2002

370 Analyse des effets de la loi sur le libre passage et de l'encouragement au logement : appel d'offres

Prise de position de l'OFAS

--

Jurisprudence

371 Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 91 51, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

366 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance obligatoire à l'évolution des prix au 1er janvier 2002

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, á partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 2002, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1998** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à **3,4 %.** Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.

Le 1er janvier 2002, **aucune** adaptation n'aura lieu.

? En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

? Les rentes vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

367 Modification de l’art. 49a OPP2

Le Conseil fédéral a modifié l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité : celle-ci imposera désormais aux institutions de prévoyance de définir les règles qu’elles entendent appliquer dans l’exercice de leurs droits d’actionnaires. La modification entrera en vigueur le 1er janvier 2002.

Texte de l’ordonnance et commentaire

Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(OPP 2)

Modification du 14 novembre 2001

Le Conseil fédéral
arrête :

I.

L'ordonnance du 18 avril 1984[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est modifiée comme il suit :

Art. 49a, al. 2 (nouveau)

[2] L’institution de prévoyance définit les règles qu’elle entend appliquer dans l’exercice de ses droits d’actionnaire.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2002.

[1] RS **831.441.1**

Commentaire

du projet de modification de l'art. 49a de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

1.Introduction

L'art. 65, al. 1, LPP, dispose que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Ces institutions règlent elles-mêmes leur système de financement, lequel repose, notamment, sur les revenus de la fortune. La loi leur impose d'administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités (art. 71, al. 1, LPP). Au travers des placements qu'elles effectuent, les institutions de prévoyance doivent veiller en premier lieu à garantir la réalisation de l'objectif de prévoyance qui leur est assigné (art. 50 OPP 2). Les droits dont elles disposent en tant qu'actionnaires - et l'exercice de ces droits - prennent donc un part prépondérante dans le financement de la prévoyance professionnelle.

C'est sous le terme de « corporate governance », en français gouvernement d'entreprise, que l'on désigne l'activisme des actionnaires, c'est-à-dire l'exercice des droits dont ils disposent en leur qualité, précisément, d'actionnaires. Bien que connu en Suisse, ce thème n'est encore que peu abordé en relation avec la prévoyance professionnelle.

L'enquête sur les placements des caisses de pensions 1998-2000 montre que plus de 50 pour cent des caisses n'exercent jamais leur droit de vote et que seuls 5 pour cent votent systématiquement lors des assemblées générales. Pour les autres, l'exercice du droit de vote intervient sporadiquement, de cas en cas.

Ce problème, soulevé par le Conseiller aux Etats Maximilian Reimann (interpellation 00.3314, du 21.6.2000), a fait l'objet, en mai 2001, d'un rapport approfondi de la Sous-commission questions de placements de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle intitulé « Position dominante des Institutions de prévoyance sur le marché des actions ». Dans ce rapport, la Sous-commission a examiné les trois variantes suivantes :

- Maintien du statu quo
- L'institution de prévoyance définit les règles qu'elle entend appliquer dans l'exercice de ses droits d'actionnaire. Elle indique si elle décide de prendre en considération des critères sociaux ou écologiques

?? L'institution de prévoyance définit les règles qu'elle entend appliquer dans l'exercice de ses droits d'actionnaire, sans avoir à indiquer si elle décide de prendre en considération des critères sociaux ou écologiques.

2.Commentaire de l'art. 49a, al. 2, OPP 2

En fin de compte, c'est la solution intermédiaire (troisième variante) qui a été retenue ; celle-ci nécessite l'adjonction d'un second alinéa à l'art. 49a OPP 2. Selon cette nouvelle disposition, l'institution de prévoyance doit définir les règles qu'elle entend appliquer dans l'exercice de ses droits d'actionnaire.

Les caisses seront ainsi amenées à établir de manière interne un processus aboutissant à la décision de vote. Cette décision devra être prise par les membres de l'organe légal paritaire suprême.

On a en revanche renoncé à faire référence à des critères sociaux et/ou écologiques dans l'exercice du droit de vote car cela soulèverait de nombreuses difficultés : il serait en effet pratiquement impossible d'établir des critères communs ou globaux, ces critères dépendant de facteurs tels que le type d'institution, sa taille, son cercle d'assurés, etc.

368 Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour 2002

(art. 21 et 22 OPP2)

La brochure pour le calcul des bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée pour l'année 2002 est disponible. Elle peut être obtenue auprès de l'office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL/EDMZ), 3003 Berne, numéro de commande 318/762.02f/d/i.

369 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2002

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2002 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,05% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Ainsi, ces taux demeurent inchangés.

Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Les subsides pour structure d'âge défavorable sont financés par les cotisations des institutions inscrites au registre de prévoyance professionnelle. La base de calcul est la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus de cotiser pour leurs prestations de vieillesse.

Les prestations pour insolvabilité et les autres prestations sont financées par les cotisations de toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP. La base de calcul est composée de la somme des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés calculée selon l'article 2 LFLP au 31 décembre et de la somme, multipliée par dix, de toutes les rentes selon le compte d'exploitation.

370 Analyse des effets de la loi sur le libre passage (LFLP)
Analyse des effets de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle :
Invitation à l'appel d'offres

Conformément à l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP, art. 20) ainsi qu'à l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL, art. 18), l'office fédéral des assurances sociales prévoit de procéder à des analyses sur les effets de ces deux nouvelles réglementations. Il s'agit avant tout de déterminer si les buts visés ont été atteints et d'analyser les effets accessoires. Les appels d'offres des projets concernés avec les questions à traiter peuvent être obtenus sous : http://www.bsv.admin.ch/bv/projekte/f/index.htm comme fichier pdf ou à l'adresse :

Office fédéral des assurances sociales
Service spécialisé économie, questions fondamentales et recherche
Analyse des effets LFLP et encouragement à la propriété du logement
Effingerstrasse 20
3003 Berne

Les offres écrites doivent nous parvenir jusqu'au 28 janvier 2002 au plus tard.

Jurisprudence

371 Pas de prescription de la prestation de libre passage tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance

(référence à l'arrêt du 19.10.2001 dans la cause E.S. 2/01)

L'assurée E.S. a quitté l'institution de prévoyance (IP) de son employeur de droit public le 30.9.1986 (c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la LPP, mais avant celle de la LFLP). Voulant se mettre à son propre compte, E.S. a fait une demande de versement en espèces de sa prestation de sortie, mais cette demande a été refusée en date du 2.5.1987. Bien que l'IP ait invité E.S. à remplir la demande pour la conclusion d'une police de libre passage, E.S. n'a pas réagi. Elle se manifesta seulement en 1998, au moment où elle atteignit l'âge de la retraite AVS, et exigea alors le versement en espèces de son avoir de prévoyance. L'IP invoqua la prescription.

Selon les dispositions statutaires de l'IP, les prestations de libre passage se prescrivent par 10 ans. Le Tribunal fédéral constate que la prescription telle que prévue par les statuts n'est pas applicable, car elle est contraire au droit supérieur : du point de vue du droit et de la technique des assurances, les prestations de libre passage ne sont pas des prestations comparables aux prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité, mais constituent les bases de financement pour d'éventuelles prestations futures. Depuis le 1.1.1985, des dispositions exigent le maintien de la prévoyance. Il n'y a pas de prescription de la prestation de libre passage selon l'art. 41 LPP tant que dure l'obligation de maintenir la prévoyance. Même si l'on excluait cette interprétation en se basant sur le but de la norme et la systématique de la loi, il n'y aurait pas encore prescription, car ce cas de libre passage n'était pas encore liquidé au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le maintien de la prévoyance et le libre passage en date du 1.1.1987 (ordonnance sur le maintien), comme cela ressort de la correspondance. Cette ordonnance précise expressément qu'il faut maintenir la prévoyance même en l'absence de collaboration de l'assuré. L'entrée en vigueur de cette ordonnance exclut à plus forte raison la prescription des prestations de libre passage, aussi longtemps que dure l'obligation de maintenir la prévoyance.

Cet arrêt concernant une sortie d'IP sous le régime de l'ordonnance sur le maintien reste valable avec la loi et l'ordonnance actuelles sur le libre passage qui stipulent clairement l'obligation de maintenir la prévoyance de l'assuré, même lorsqu'il ne fournit aucune indication.

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 60

Du 30 janvier 2002

EDITION SPECIALE

372 Procédure applicable en cas de découvert résultant de la chute des cours

En collaboration avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations, l'OFAS a élaboré la procédure suivante, destinée à être appliquée lorsqu'une institution de prévoyance est en situation de découvert imputable à la chute des cours :

1. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur de la prévoyance professionnelle obligatoire, l'évolution sur les marchés financiers et des actions a connu des soubresauts de diverses ampleurs. Le phénomène actuel ne constitue pas une première en matière de recul des cours.

On constate aujourd'hui que la tendance à la baisse amorcée au printemps 2000 s'est confirmée en 2001, avec une notable accélération à la suite des attentats du 11 septembre aux Etats-Unis. L'évolution au cours du dernier trimestre de l'année dernière n'a pas apporté la confirmation attendue d'un retour à une tendance positive avant la fin de l'année. Les prévisionnistes convergent sur le fait que l'inversion devrait intervenir en 2002, pour autant que la politique de relance économique adoptée aux Etats-Unis produise les effets escomptés.

Les corrections de cours parfois massives intervenues sur les marchés financier internationaux ces deux dernières années ont sans aucun doute des conséquences sur la situation financière des institutions de prévoyance à fin 2001. Une appréciation de la situation d'ensemble ne sera possible que vers la moitié de l'année 2002. C'est jusqu'à cette date que les comptes annuels révisés et approuvés par les organes de gestion des institutions de prévoyance devront être envoyés aux autorités de surveillance.

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

L'apparition de découverts pour la fin 2001 ne peut être exclue, même s'il convient de ne pas dramatiser la situation sur la base des informations actuelles. Si un découvert existe ou si une convergence d'indices en indique l'imminence, il est nécessaire d'agir. L'organe de gestion de l'institution de prévoyance doit faire un examen approfondi de la situation, décider des mesures à prendre et les mettre en œuvre. Il doit décider du moment et de la forme à donner à l'information destinée à l'autorité de surveillance et à ses autres destinataires.

2. Obligations de l'institution de prévoyance

2.1 Principe de la responsabilité propre

Il appartient à l'institution de prévoyance de résorber elle-même les découverts (art. 44, 1er al. OPP2). En cas d'apparition d'insuffisance de couverture, c'est donc à l'institution de prévoyance elle-même qu'il incombe de prendre les mesures d'assainissement nécessaires. Le fonds de garantie n'assure les prestations légales et réglementaires qu'en cas de situation effective d'insolvabilité.

2.2 Devoir d'information

Lorsqu'un découvert existe ou est présumé, l'institution de prévoyance doit, avec le concours de l'organe de contrôle, en **informer** l'autorité de surveillance par écrit, en indiquant les mesures correctrices prises ou prévues (art. 44, al.2 OPP2) .

En situation de découvert, il y a lieu d'indiquer dans **l'annexe aux comptes annuels** au moins les éléments suivants:

- Importance du découvert;
- Raisons du découvert: situation imputable à des facteurs actuariels (p.ex. financement systématiquement insuffisant) ou uniquement à l'évolution des marchés des placements;
- Présentation claire des bases de décision pour les mesures qui ont été prises, incluant une indication des délais d'application ;
- Evénements postérieurs à la date du bilan qui sont significatifs au plan financier.

2.3 Mesures

Avec le concours de l'expert en prévoyance professionnelle et de l'organe de contrôle, l'institution de prévoyance doit montrer que la sécurité du but de la prévoyance au sens de l'art. 50, al. 2 de l'OPP 2 peut être assurée en dépit d'un découvert compte tenu de l'évaluation de l'ensemble des actifs et passifs et de la situation financière réelle de l'institution. Sur la base de l'*analyse des causes* réalisée par l'expert en prévoyance et/ou d'une étude ALM et des recommandations qui en résultent, l'organe de gestion de l'institution de prévoyance est en mesure de prendre les mesures appropriées.

En fonction de l'évolution sur les marchés des placements, il peut être possible à certaines conditions de remédier au découvert grâce à la **stratégie de placements**. Une institution de prévoyance peut prévoir un délai approprié, assorti d'examens annuels, pour remédier au découvert par le biais de la stratégie de placements, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- L'institution de prévoyance doit montrer dans un rapport concluant que le découvert pourra selon toute vraisemblance être résorbé grâce à la stratégie de placements choisie et en tenant compte des dispositions de l'art. 50 OPP 2 ;
- Aucune liquidation totale ou partielle de l'institution de prévoyance ne doit être prévisible dans le délai indiqué;
- Les conclusions doivent être présentées dans l'annexe au rapport annuel;
- Le rapport doit avoir été transmis à l'autorité de surveillance.

Une institution de prévoyance dispose de plusieurs possibilités pour assainir la situation: maintien d'une stratégie fondée de placements, adaptation de la stratégie de placements, versements supplémentaires de l'employeur (portés au crédits comme réserve de cotisations de l'employeur), utilisation d'excédents provenant d'assurances de risque, augmentations de cotisations et/ou diminution de prestations dans le domaine surobligatoire. Cette dernière mesure n'est admise que dans le respect des dispositions de la LPP et de la LFLP, et en garantissant les droits acquis. Des diminutions de prestations dans le domaine surobligatoire doivent être évitées dans tous les cas où cela est possible. Le choix des mesures à prendre ressortit de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance. Il convient de prendre en considération les conditions qui caractérisent chaque cas particulier.

3. Recommandations à l'attention des institutions de prévoyance

Dans la perspective de l'établissement des *comptes annuels pour 2001*, il est recommandé aux institutions de prévoyance de prévoir notamment :

- Une analyse de leur situation financière actualisée et effective;
- Une discussion dans le cadre du conseil de fondation sur la capacité de risque dont dispose l'institution;
- Une analyse, avec le concours de l'expert en prévoyance professionnelle, des mesures éventuelles susceptibles d'améliorer la situation financière et, au besoin, la mise en œuvre de ces mesures.

4. Tâche de l'organe de contrôle

Dans le cadre de sa vérification ordinaire, l'organe de contrôle examine plus particulièrement, en cas de situation de découvert, si les éléments mentionnés sous point 2.2 figurent dans le rapport annuel.

5. Tâche de la surveillance

Il n'est guère possible d'énoncer des règles de portée générale indiquant quelles mesures d'assainissement sont les plus adéquates en cas de découvert. Chaque situation appelle une analyse pour elle-même. Chaque cas doit dès lors être abordé comme un cas particulier par l'autorité de surveillance.

La surveillance prend connaissance des documents reçus. Elle vérifie si l'institution de prévoyance a pris des mesures et lesquelles, et si elle les a assorties de délais. Elle examine en particulier si les mesures mises en oeuvre sont appropriées pour résorber le découvert dans des délais allant du court au moyen terme sans que ne soient pris des risques supplémentaires ou accrus en matière de placements. Le cas échéant, la surveillance peut demander des informations complémentaires ou l'application de mesures supplémentaires. En sus des mesures mentionnées sous point 2.3, l'autorité compétente dispose également de la possibilité d'exercer une surveillance renforcée sur la situation financière effective de l'institution de prévoyance.

Lorsque les mesures prises ou proposées par une institution de prévoyance en cas de découvert manifeste ou de découvert imminent ne sont pas appropriées pour remédier à la situation, et lorsque la sécurité au sens de l'art. 50 OPP 2 n'est pas garantie, l'autorité de surveillance doit intervenir et au besoin ordonner les mesures adéquates si une entente n'est pas possible. Il en est de même lorsque l'institution de prévoyance reste inactive en dépit d'un découvert.

BSV / OFAS / UFAS
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 61

du 22 mai 2002

TABLE DES MATIERES

Indications
373 Le droit européen applicable à la prévoyance professionnelle

Prise de position de l'OFAS
--

Jurisprudence
374 Preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante en matière de prévoyance professionnelle
375 Effet du rachat d'années d'assurance en vue d'une retraite anticipée en cas de poursuite de l'activité jusqu'à 65 ans
376 Constatation de la nullité du paiement en espèces
377 Liquidation partielle d'une fondation patronale

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 91 51, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

373 Le droit européen applicable à la prévoyance professionnelle

Le 1er juin 2002, l'Accord concernant la libre circulation des personnes entre la CH et l'UE entrera en vigueur. Nous vous rappelons ci-après les quelques répercussions de cet Accord sur la LPP.

Comme pour l'ensemble des assurances sociales, conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes, ce sont principalement les règlements de coordination 1408/71 et 574/72 qui s'appliquent à la LPP.

Les dispositions de ces règlements ne posent pas de problème particulier au regard de la LPP. En revanche, le règlement 1408/71 interdit le remboursement de cotisations aux assurés qui, ayant cessé d'être assujettis à l'assurance obligatoire d'un Etat membre, sont soumis à celle d'un autre Etat membre, à titre obligatoire. Or, le paiement en espèces de la prestation de sortie est précisément assimilé à un remboursement de cotisations au sens de cette disposition.

La prévoyance surobligatoire est touchée par une autre disposition du droit communautaire. Il s'agit de la directive 98/49 sur la sauvegarde des droits à une pension complémentaire. Cette directive concerne le maintien des droits à pensions issus de régimes professionnels établis selon la législation nationale, pour les travailleurs qui ont quitté un Etat membre, selon le principe de l'égalité de traitement avec les travailleurs restés dans cet Etat.

Les exigences minimales pour le maintien des droits à une pension et la garantie de leur versement, fixées par cette directive, s'appliquent aux domaines non couverts par le règlement 1408/71, donc à la prévoyance professionnelle surobligatoire.

Les conséquences pour la prévoyance professionnelle

La conséquence la plus importante touchant le régime minimal LPP concerne le versement en espèces de la prestation de sortie lorsque l'assuré quitte la Suisse. Ce versement n'est plus possible si l'assuré est affilié à titre obligatoire dans un autre Etat de la CE. Cependant, dès l'entrée en vigueur de l'accord, une période transitoire d'adaptation de 5 ans est retenue, au cours de laquelle le versement en espèces sera encore possible.

En d'autres termes, lorsque le travailleur quitte la Suisse et est assujetti à titre obligatoire dans un autre Etat, il ne pourra plus percevoir la partie de la prestation de sortie qui correspond au minimum LPP. Dans ces cas, la prestation de sortie minimale LPP devra être versée sur un compte bancaire ou sur une police d'assurance bloqués. Si le travailleur salarié n'est pas assujetti à titre obligatoire dans un Etat de la CE où il s'est rendu, il n'y aura plus d'obstacle à ce qu'il perçoive cette prestation de sortie en espèces. Il lui appartiendra toutefois d'apporter à son institution de prévoyance la preuve qu'il n'est plus assujetti à titre obligatoire.

Cette règle ne touche pas le versement de la rente sous forme de capital, ni le versement anticipé pour l'acquisition du logement. Elle ne s'applique pas non plus aux Etats se situant hors de l'UE, mais elle a été étendue aux Etats faisant partie de l'EEE, soit actuellement la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein. Elle ne touche pas non plus la part surobligatoire de la prestation de sortie. Il en est de même des salariés qui s'établissent à leur propre compte en Suisse ainsi que des indépendants, qu'ils soient suisses ou ressortissants d'un Etat membre de la CE qui pourront toujours recevoir leur prestation de sortie en espèces. En revanche, s'ils quittent la Suisse et s'établissent à leur compte à l'étranger, ils n'auront la possibilité de percevoir leur prestation de sortie en espèces que dans la mesure où ils ne sont plus assurés à titre obligatoire dans l'Etat de l'UE.

L'application de l'Accord

Pour permettre d'appliquer ces dispositions, les Etats doivent désigner un organisme de liaison chargé des contacts avec les assurés et les organismes des autres Etats. C'est le Fonds de garantie LPP qui a été chargé de cette tâche.

Les problèmes d'interprétation et d'application de l'accord proprement dit, relèvent d'un Comité mixte qui décide de manière unanime.

Communications administratives

Nous nous permettons de vous rappeler que, pour ce qui est de l'application des accords bilatéraux en matière d'AVS et s'agissant des formulaires, ceux-ci se trouvent sur le site web de l'OFAS sous http://www.bsv-vollzug.ch/ (rubrique INT).

Jurisprudence

374 Preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante en matière de prévoyance professionnelle

(Référence à l'arrêt du TFA du 22 février 2002 dans la cause H.B., B 35/00, en allemand)

(art. 23 LPP)

Le moment de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité au sens de l'art. 23 LPP est d'une importance décisive pour l'institution de prévoyance, du fait que la survenance de l'incapacité de travail déterminante pendant la durée des rapports de travail ou pendant le délai de couverture prolongée donne souvent naissance à des rentes viagères. Ce moment doit dès lors être établi à satisfaction de droit. A l'instar de ce qui se passe en droit du travail où le travailleur est tenu de justifier une incapacité de travail de quelques jours par un certificat médical ou d'une autre façon, on ne saurait, en matière de prévoyance professionnelle, renoncer à exiger la preuve indubitable de la survenance de l'incapacité de travail déterminante si l'on considère les conséquences beaucoup plus étendues qui peuvent en résulter dans ce domaine. Le moment de la survenance de l'incapacité de travail ne saurait faire l'objet d'hypothèses ou de déductions purement spéculatives, mais doit être établi, selon le droit des assurances sociales, avec le degré de preuve habituel de la vraisemblance prépondérante.

L'absence de preuve de la survenance de l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité avant l'expiration du délai de couverture prolongée est interprétée en défaveur de l'assuré, qui entendait déduire un droit d'un état de fait non établi. Si, en l'occurrence, il n'est pas prouvé que l'incapacité de travail déterminante existait déjà au moment où l'intéressé était assuré auprès de l'institution de prévoyance, le droit à la rente doit être nié.

375 Effet du rachat d'années d'assurance en vue d'une retraite anticipée en cas de poursuite de l'activité jusqu'à 65 ans

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 février 2002 dans la cause M.N., B 63/01, en allemand)

(art. 65 al. 2 LPP)

Il n'y a pas d'enrichissement illégitime de la part de l'institution de prévoyance lorsque l'assuré qui a racheté des années de cotisations en vue de prendre sa retraite à un certain âge ne fait pas usage de son droit et continue de travailler jusqu'à 65 ans. Le rachat d'années d'assurance ne constitue pas un processus d'épargne à proprement parler, mais sert essentiellement à améliorer les prestations en cas de survenance d'un risque assuré – non seulement les prestations de vieillesse mais aussi celles d'invalidité et de survivants. Dans une institution de prévoyance organisée selon le système de la primauté des prestations et dont le financement repose sur un principe d'équivalence collective, les prestations ne correspondent pas nécessairement aux cotisations individuelles versées. Un tel système est solidaire dans une certaine mesure. Le fait que l'assuré n'a pas fait usage de la possibilité de prendre une retraite anticipée ne signifie dès lors pas que l'institution de prévoyance se soit enrichie illicitement et qu'elle doive restituer la somme de rachat.

L'art. 65 al. LPP accorde aux institutions de prévoyance une grande liberté dans la réglementation du système de cotisations. On ne saurait en déduire qu'il doit exister une relation ferme (équivalence individuelle) entre les cotisations et les prestations et que l'obligation de cotiser prend fin lorsque les cotisations versées ne génèrent plus de prestations. Le fait que l'assuré ait acquis, grâce à ses cotisations et à la somme de rachat versée, un droit aux prestations statutaires à partir d'un certain âge ne le libère pas de l'obligation de cotiser. Il devra donc continuer à verser des cotisations tant qu'il n'aura pas fait usage de la possibilité de prendre une retraite anticipée.

376 Constatation de la nullité du paiement en espèces

(Référence à l'arrêt du TFA du 29 janvier 2002 dans la cause R.S.P.R, B 1/00, en allemand)

(Art. 122 ss CC, art. 5 al. 2 LFLP en relation avec l'art. 25 LFLP et l'art. 73 LPP)

Un conjoint a le droit de faire constater par le tribunal des assurances que l'autre conjoint a obtenu indûment le paiement en espèces de la prestation de sortie durant le mariage en falsifiant sa signature valant consentement pour le paiement en espèces (art. 5 al. 2 LFLP).

Le TFA a admis que le conjoint a un intérêt digne de protection à une telle constatation par le tribunal des assurances, car le juge du divorce peut certes examiner la nullité du versement en espèces en tant que question préjudicielle, mais l'institution de prévoyance ne sera pas liée par cette décision judiciaire. Cette dernière pourrait s'opposer à un nouveau paiement, étant donné qu'elle n'est pas partie à la procédure de divorce. Par conséquent, l'intérêt à la constatation ne peut être dénié au conjoint, en renvoyant celui-ci à la procédure de divorce.

Une telle décision du tribunal des assurances sera déterminante pour le juge du divorce qui doit examiner si les avoirs de prévoyance peuvent être partagés conformément à l'art. 122 CC ou si une autre voie doit être trouvée (art. 124 CC).

377 Liquidation partielle d'une fondation patronale

Approbation du plan partiel par l'autorité de surveillance – inclusion d'anciens travailleurs

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 janvier 2002 en la cause F. + Z. GmbH, en allemand)

L'approbation de plans de répartition dans le cadre de la liquidation ou de la liquidation partielle d'une institution de prévoyance incombe à l'autorité de surveillance compétente. Des restructurations essentielles dans l'entreprise fondatrice ont en général pour effet que le but de la fondation de prévoyance en faveur du personnel doit être adapté. Selon le principe que la fortune servant à la prévoyance du personnel suit le personnel, la fondation de prévoyance en faveur du personnel doit tenir compte du changement de situation, ce qui peut se faire par une liquidation partielle.

Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. En règle générale, il n'a pas droit à une part de la fortune libre et non liée réglementairement de la fondation. Tel est également le cas notamment pour les fonds patronaux ou les fonds de bienfaisance dont les prestations sont octroyées exclusivement à bien plaire. Le départ d'un seul travailleur ne profite aux autres que de manière insignifiante et, de son côté, le travailleur qui part pourra s'affilier à une fondation de prévoyance d'un nouvel employeur parce qu'il ne portera guère atteinte aux expectatives des bénéficiaires de cette fondation. Lorsque les changements opérés par l'employeur impliquent en revanche des départs plus importants au sein du personnel, des attentes justifiées portant sur de futures prestations à bien plaire seraient déçues si la fortune libre de la fondation restait réservée au seul groupe des bénéficiaires qui ne quittent pas l'entreprise.

Le principe de la bonne foi impose dans ce cas que la fortune de prévoyance en faveur du personnel suive les salariés et le principe de l'égalité interdit d'en faire profiter certains groupes de bénéficiaires au détriment d'autres. Il s'agit de tenir compte de cet aspect par une répartition de la fortune de la fondation qui soit adaptée à la situation. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent qu'il y a lieu d'inclure dans le plan de répartition non seulement les travailleurs occupés à ce moment-là par l'entreprise fondatrice mais aussi ceux qui – vus sous un angle large - ont déjà auparavant perdu leur place de travail en raison des mêmes changements dans l'entreprise (ATF 119 Ib 46).

L’inclusion dans le plan de répartition ne dépend pas de la personne qui a procédé à la résiliation. Est seul décisif le fait que la réduction du personnel soit due aux changements opérés au sein de l’entreprise fondatrice. Peu importe à ce sujet la nature de ces changements. En tous les cas, l’institution de prévoyance doit procéder à une liquidation partielle et inclure les anciens collaborateurs dans le plan de répartition.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 62

du 30 mai 2002

EDITION SPECIALE

378 Enquête sur la capacité de risque des institutions de prévoyance

Le Conseil fédéral a donné à l'OFAS le mandat d'établir au cours du deuxième semestre 2002 un rapport concernant la situation financière des institutions de prévoyance et des assureurs-vie en Suisse. Les thèmes qui doivent être développés dans le cadre de ce rapport sont notamment le taux minimal LPP et l'importance du nombre de caisses de pension qui se trouvaient en situation de découvert à la date de référence du 31 décembre 2001.

Pour atteindre l'objectif fixé, l'OFAS conduira, entre autres, une enquête auprès des autorités cantonales de surveillance. Cette enquête ne portera que sur les cas d'insuffisance de couverture et ne renseignera par conséquent que sur la situation des institutions de prévoyance concernées par un découvert. Afin d'élargir le champ d'informations, l'OFAS mettra cette année à profit les résultats d'une autre enquête réalisée annuellement. Il s'agit du « Risk Check Up » conçu par la société AWP en collaboration avec Complementa Investment Controlling SA. Cette analyse fondée sur un relevé et des calculs standardisés permet d'évaluer la capacité de risque des institutions de prévoyance qui y participent. Les actifs et passifs sont analysés à une date de référence et l'examen porte sur l'adéquation entre la structure de la fortune, respectivement le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles. L'enquête de cette année sera en outre étendue à diverses indications relatives au taux minimal LPP et à son adéquation à la situation actuelle.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 324 06 11, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

L’enquête sera d’autant plus représentative que seront nombreuses les institutions participantes. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration afin que l’échantillon soit aussi étendu que possible.

Nous vous recommandons par conséquent de faire acte de participation en complétant et en retournant à l’adresse indiquée le questionnaire joint en annexe.

Les institutions participantes auront par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur situation propre. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par la société AWP.

Le questionnaire AWP joint en annexe permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 63

du 17 juillet 2002

TABLE DES MATIERES

Indications
--

Prise de position de l'OFAS
379 Divorce et retraite

Jurisprudence
380 Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu
381 Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage
382 Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l'ouverture de la faillite de la société employeur
383 Compensation et cession de créances - exception de l'inexécution de la prestation
384 Résiliation d'un contrat d'affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d'affiliation

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Prise de position de l'OFAS

379 Divorce et retraite

1. Introduction

L'OFAS a eu l'occasion d'examiner les deux questions suivantes :
- Comment traiter la retraite partielle en cas de divorce ?
- Le fait d'atteindre l'âge réglementaire de la retraite (anticipée) constitue-t-il un cas de prévoyance ?

2. Retraite partielle

Selon le règlement de certaines institutions de prévoyance, l'assuré a la possibilité de prendre une retraite partielle à partir de 55 ans, en réduisant simultanément son taux d'activité professionnelle. Il subsiste alors une prestation de libre passage réduite.

Le principe est le suivant en cas de divorce : tant qu'un cas de prévoyance (âge de la retraite, invalidité et décès) n'est pas encore survenu, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de libre passage de l'autre conjoint, conformément à l'art. 122 du Code civil (CC) et à l'art. 22 de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu au moment du divorce, par exemple, si l'un des conjoints est déjà à la retraite, il n'y aura alors plus de partage de la prestation de libre passage, mais par contre, le juge du divorce fixera une indemnité équitable, conformément à l'art. 124 CC. Lorsqu'un époux reçoit une rente de vieillesse, l'indemnité équitable se basera sur la valeur capitalisée de la rente : la rente périodique sera convertie en un certain capital à partager entre les époux.

La retraite partielle, avec le maintien simultané d'une prestation de libre passage réduite, constitue un cas-limite. L'OFAS est d'avis que la retraite partielle constitue un cas de prévoyance. Il ne sera donc plus possible de procéder au partage selon l'art. 122 CC. Le juge du divorce fixera alors une indemnité équitable (art. 124 CC) en disposant d'un certain pouvoir d'appréciation. Le juge tiendra compte de la valeur capitalisée de la rente partielle, du montant de la prestation de libre passage restante et de la situation de prévoyance de l'autre conjoint. Pour le paiement de cette indemnité, le juge de divorce pourra ordonner le transfert d'une partie de la prestation de libre passage restante (art. 22b LFLP).

3. Age réglementaire de la retraite

Il s'agit de déterminer quelles sont les conséquences liées au fait que l'assuré a atteint l'âge minimum réglementaire pour la retraite (anticipée), mais il n'a pas pris effectivement sa retraite. S'agit-il là d'un cas de prévoyance ?

Le Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse mentionne « *l'âge de la retraite* » comme étant un cas de prévoyance (FF 1996 I 1 ss, ch. 233.433.1).

De plus, le partage de la prestation de sortie entre les époux présuppose l'existence du droit à une prestation de sortie selon l'art. 2 LFLP. Or, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'existe plus de droit à une prestation de sortie lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge minimum fixé par le règlement de prévoyance à partir duquel l'assuré peut demander des prestations de vieillesse, en particulier une retraite anticipée (ATF 120 V 306, ATF 126 V 89 ; dans ce dernier arrêt, l'âge minimum réglementaire pour la retraite anticipée était fixé à 60 ans).

Selon l'OFAS, le fait d'atteindre l'âge minimum réglementaire de la retraite constitue un cas de prévoyance, même si l'assuré n'a pas encore pris effectivement sa retraite. Il n'est dès lors plus possible de procéder au partage de la prestation de sortie selon l'art. 122 CC. Par contre, le juge du divorce accordera une indemnité équitable à l'autre époux, conformément à l'art. 124 CC.

Jurisprudence

380 Partage de la prestation de sortie en cas de divorce lorsque le lieu de résidence du conjoint bénéficiaire est inconnu

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause P.K., B 18/01; arrêt en langue allemande)

(Art. 22 LFLP, art. 122 CC)

Le TFA retient ce qui suit: lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 122 CC et que les conjoints ne sont pas parvenus à un accord quant au partage des prestations de sortie et aux modalités de son exécution (voir art. 141 al. 1 CC), c'est le juge du divorce qui fixe, en vertu de l'article 142 alinéa 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que ce jugement est entré en force, il transmet d'office le litige au tribunal du lieu du divorce, qui est compétent selon l'article 73 alinéa 1 LPP et qui doit procéder au partage (art. 142 al. 2 CC; art. 25a LFLP).

Le recourant demande que, au cas où son épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, ne s‘annonce pas dans un certain délai à fixer, la part de la prestation de sortie lui revenant soit à nouveau créditée sur son avoir à lui auprès de sa caisse de pension. Le TFA argumente de la manière suivante: selon l‘article 22 alinéa 1 LFLP, les articles 3 à 5 LFLP sont applicables par analogie à la prestation de sortie à transférer. Ainsi, celle-ci doit soit être transférée à l‘institution de prévoyance du conjoint bénéficiaire (art. 3 LFLP) soit servir à maintenir une prévoyance sous une autre forme (art. 4 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent alors être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Ces dispositions, qui sont l‘expression du principe du maintien de la prévoyance, interdisent autant une compensation de la prestation de sortie revenant à l‘épouse par d‘éventuelles créances du recourant établies par le jugement du divorce (telles que des émoluments de justice ou des primes d‘assurance pour un véhicule) que le retour, après un certain délai, de la prestation de sortie de l‘épouse divorcée, dont le lieu de résidence est inconnu, à l‘autre conjoint (voir art. 24 a-f LFLP et art. 19 a-f OLP concernant les avoirs oubliés).

Détermination du gain assuré: éléments de salaire de nature occasionnelle

(Note sur un arrêt du TFA du 30.4.2002 en la cause E.B., B 58/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 3 al. 1 let. a OPP2, art. 5 al. 2 LAVS et art. 7 RAVS)

Les parties n‘étaient pas d‘accord sur le point de savoir s‘il fallait considérer les indemnités touchées par la recourante pour des heures supplémentaires et du travail de nuit et du dimanche comme des éléments de salaire de nature occasionnelle dont on ne tient pas compte dans le calcul du gain assuré.

L‘article 16 alinéa 1 du règlement concerné prévoit: „Le gain assuré correspond au revenu soumis à l‘AVS déterminant le 1er janvier, respectivement au moment de l‘entrée dans l‘assurance. Les éléments de salaire de nature occasionnelle ne sont pas pris en considération. …“. Le revenu soumis à l‘AVS qui est déterminant pour le montant du gain assuré comprend également les indemnités pour les heures supplémentaires, pour le travail de nuit et pour le travail du dimanche (art. 5 al. 2 LAVS en relation avec art. 7 RAI; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2e édition, Berne 1996, p. 149 no 4.110). Pour la détermination du salaire coordonné, l‘article 3 alinéa 1 lettre a OPP2 permet à l‘institution de prévoyance de s‘écarter, dans son règlement, du salaire déterminant de l‘AVS en faisant abstraction d‘éléments de salaire de nature occasionnelle. Toutefois, une disposition du règlement d‘une institution de prévoyance allant dans ce sens ne peut pas se borner à reprendre cette norme de façon abstraite. Pour restreindre le principe qu‘il s‘agit d‘assurer selon la LPP tout le salaire soumis à l‘AVS (y compris les heures supplémentaire et le travail de nuit et du dimanche) dans les limites du salaire coordonné, il est au contraire nécessaire de prévoir une disposition réglementaire formulée de manière concrète et précisant les éléments de salaire à ne pas prendre en considération dans le calcul. L‘article 16 alinéa 1 du règlement ne satisfait pas à ces exigences, raison pour laquelle il faut, en l‘espèce, s‘en tenir au

principe et tenir compte, lors de la détermination du gain assuré, des indemnités versées régulièrement pendant des années à la recourante pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et le travail du dimanche. Dans ces circonstances, le TFA a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure une institution de prévoyance pourrait exclure des éléments de salaire de la détermination du gain assuré sans remettre en cause le but de protection de la prévoyance professionnelle.

Compensation inadmissible d‘une prestation de libre passage

(Note sur un arrêt du TFA du 30 avril 2002 en la cause A.K., B 95/00; arrêt en langue allemande)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 125 ch. 2 CO)

La caisse de pension refusa de payer la prestation de libre passage en espèces à l‘assuré qui quittait définitivement la Suisse (art. 5 al. 1 let. a LFLP) et opéra une compensation avec une créance en dommages-intérêts contre l‘assuré, que lui avait cédée l‘employeur.

Le TFA jugea la compensation inadmissible. Il se basa à ce sujet sur l‘ATF 126 V 314 ss. Dans cet arrêt, le TFA devait trancher la question de savoir si une prestation de libre passage payée en espèces conformément à l‘article 5 alinéa 1 lettre b LFLP à l‘assuré s‘établissant à son compte pouvait être en tout ou partie compensée par une créance en contrepartie – appartenant dès son origine à l‘institution de prévoyance ou lui ayant été cédée – et décida qu‘il fallait se baser sans autre sur l‘article 39 alinéa 2 LPP dans la mesure où la prestation de sortie calculée selon les articles 15 et suivants LFLP doit garantir l‘avoir de vieillesse (cons. 3a). En vertu de ce qui précède, le droit aux prestations ne peut être compensé par des créances que l‘employeur a cédées à l‘institution de prévoyance que si elles se rapportent à des cotisations qui n‘ont pas été déduites du salaire. Dans le domaine de la prévoyance dépassant ce qui est obligatoire, le TFA exclut également dans le même arrêt (cons. 3b) le caractère compensable de créances de l‘employeur cédées à l‘institution de prévoyance. Ce faisant, il s‘est laissé guider en premier lieu par la notion de paiement en espèces selon l‘article 5 alinéa 1 LFLP. Si le législateur donne tant de poids à l‘établissement dans une activité lucrative indépendante que l‘affectation des moyens de prévoyance à un but en soit abandonnée, cela signifie aussi en même temps que ces moyens doivent être effectivement versés à l‘assuré qui s‘établit à son compte. Une compensation n‘est pas conciliable avec une telle notion de paiement en espèces. La prestation de libre passage à payer en espèces relève d‘une obligation dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier (art. 125 ch. 2 CO dont l‘énumération n‘est pas exhaustive). Le TFA a estimé que ces considérants s‘appliquaient également dans le cas d‘espèce où il s‘agissait d‘un paiement en espèces faisant suite à un départ définitif de Suisse au sens de l‘article 5 alinéa 1 lettre a LFLP.

381 Encouragement à la propriété du logement et divorce : Sort du versement anticipé effectué antérieurement au mariage

(Référence à l'arrêt du 13.05.02 en les causes C. P. BCV et J.-C. T., B 1+4/01 ; arrêt rendu en français)

(Art. 30c, al. 6, LPP, 22 LFLP, 122, 123 et 141 CC)

Interprété conformément à la lettre, au but et au sens de la loi, l'art. 30c, al. 6, LPP s'applique aussi dans les cas où les fonds de la prévoyance professionnelle ont servi au versement anticipé avant le mariage. En effet, ces fonds demeurant liés à un but de prévoyance, ils n'entrent pas dans le patrimoine à partager selon les règles du régime matrimonial (Thomas Geiser, in : De l'ancien au nouveau droit du divorce, Le nouveau droit du divorce et les droits en matière de prévoyance professionnelle, p. 73). Autrement dit, lorsqu'il y a divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé antérieur au mariage est également considéré comme une prestation de libre passage et doit être partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC et à l'art. 22 LFLP (consid. 2c).

En vertu du renvoi de l'art. 30c, al. 6, LPP aux art. 122 CC et 22 LFLP, le versement anticipé ne saurait être partagé séparément mais doit être pris en compte dans le calcul de la prestation de sortie à partager. Dans ce calcul, le montant du versement anticipé qui fait encore l'objet d'une obligation de remboursement au moment du divorce est à comptabiliser dans la prestation de sortie au moment du divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in : Le nouveau droit du divorce, La prévoyance professionnelle et le divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'université de Lausanne, publication CEDIDAC 41, pp. 229 sv.) De la même manière, et conformément à l'art. 22, al. 2, LFLP, le versement anticipé considéré comme prestation de libre passage aux termes de l'art. 30c, al. 6, LPP est ajouté à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage (consid. 3b).

A la différence de la prestation de sortie, le versement anticipé pour l'acquisition d'un logement conserve sa valeur nominale jusqu'au divorce (Thomas Geiser, in op. cit., p. 73 ; Jacques-André Schneider / Christian Bruchez, in op. cit, p. 230). Il ne produit donc pas d'intérêts au sens de l'art. 22, al. 2, 2ème phrase, LFLP. En effet, ces intérêts, échus durant le mariage et qui profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance, sont destinés à compenser l'inflation (message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du CC ; FF 1996 I 110) ; voir aussi Rolf Brunner, die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000, pp. 536 sv.) (consid. 3c).

382 Responsabilité pour des prêts et des crédits sur compte courant accordés peu de temps avant l‘ouverture de la faillite de la société employeur

(Note sur un arrêt du TFA du 14.5.2002 en la cause W.H. et R.L., B 85+89/00, arrêt en langue allemande)

(Art. 52 LPP)

L‘article 73 alinéa 1 deuxième phrase LPP, qui prévoit que le tribunal désigné par le canton pour connaître des contestations relevant du droit de la prévoyance statue également sur les prétentions en matière de responsabilité selon l‘article 52 LPP, est entré en vigueur le 1er janvier 1997 et est immédiatement applicable dès cette date, c‘est-à-dire également aux faits relevant du droit de la responsabilité, qui se sont produits déjà avant cette entrée en vigueur.

X. était depuis le 16 juin 1988 président et Y. depuis le 9 septembre 1993 membre du conseil de fondation de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de la société Z. SA. A fin 1993, les placements sans garantie de la fondation auprès de la société employeur Z. SA s‘élevaient à 409'260 fr. 80 et représentaient ainsi environ le 19% de sa fortune totale de 2'139'427 fr. 75. En février 1994, la fondation de prévoyance en faveur du personnel a accordé à la société fondatrice un prêt de 100'000 francs. Entre le 1er juillet 1993 et l‘ouverture de la faillite le 1er avril 1996, le débit du compte courant a en outre augmenté de 55'811 francs. La créance de 474'034 fr. 20 produite par la fondation de prévoyance en faveur du personnel dans la faillite de la société fondatrice a fait l‘objet d‘un acte de défaut de biens total. Le tribunal administratif a condamné X. et Y. au paiement de Fr. 155'811 francs au titre de leur responsabilité solidaire. Le TFA rejette le recours de droit administratif interjeté contre ce jugement.

Parmi les personnes responsables selon l‘article 52 LPP, il n‘y a pas seulement les organes formels mais aussi les organes de fait de la fondation. Le fondement et la fin de la position d‘organe formel ne dépend pas de l‘inscription au Registre du commerce mais de la période où la position d‘organe a été effectivement fondée, ce qui, pour Y., a été le cas dès son élection à la séance du conseil de fondation du 9 septembre 1993.

La responsabilité concernant le patrimoine suppose la survenance d‘un dommage, une illicéité, une faute et un lien de causalité. En ce qui concerne l‘existence du dommage parmi les conditions de la responsabilité, l‘objection que la société employeur a remboursé deux fois 30'000 francs, réduisant de 100'000 à 40'000 francs la dette résultant du prêt, est infondée parce que la dette totale est nettement plus élevée et que la société fondatrice n‘était pas en mesure de rembourser les montants réclamés de 100'000 francs (prêt) et de 55'811 francs (créances résultant du compte courant y compris les frais accessoires).
Dans le domaine des placements de la fortune, l‘illicéité consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales (art. 71 LPP, art. 49 ss. OPP 2) et réglementaires (art. 49a OPP 2) en matière de placement. L‘article 50 OPP 2 se fait l‘expression de la diligence accrue exigée en matière de placements de fortune,

concrétisant ainsi le devoir général de diligence. Selon l‘article 57 alinéa 1 OPP 2, la fortune, dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celles des rentes en cours, ne saurait être placée sans garantie chez l‘employeur. Le bilan de l‘année 1992 ne prenait en compte qu‘un montant de 172'125 fr. 55 comme fonds libres alors que les créances ouvertes contre la société fondatrice s‘élevaient à 291'760 francs. Comme les responsables de la fondation ne disposaient pas encore du bilan de l‘année 1993 en février 1994, un autre octroi de crédit n‘entrait tout simplement pas en ligne de compte. Cependant, il s‘agit de respecter l‘article 57 alinéa 2 OPP 2 qui exige que les placements sans garantie chez l‘employeur ne dépassent pas le 20 pour cent de la fortune de la fondation. Au 31 décembre 1993, les créances non couvertes contre la société fondatrice atteignaient 19% (409'260 francs sur 2'139'427) et, à fin 1994, 21,6% (651'575 fr. 10 sur 3'014'221 fr. 20) de la fortune totale. Il est hautement invraisemblable que la limite de 20% ne serait pas dépassée par l‘augmentation du crédit de 100'000 francs supplémentaires. Même si la limite ne devait pas être objectivement dépassée par l‘octroi du nouveau prêt, il est constant que les membres du conseil de fondation ne savaient subjectivement pas en février 1994 ni ne pouvaient savoir s‘il existait une marge pour l‘octroi d‘un nouveau crédit et qu‘ils n‘avaient pas le droit de consentir à une augmentation du crédit de 100'000 francs au vu du taux de placement de 19% existant déjà à fin 1993. En outre, le devoir d‘informer résultant de l‘article 58a alinéas 1 et 2 OPP 2 a été violé.

En accordant l‘augmentation du prêt et en laissant augmenter le montant ouvert du compte courant, X. et Y. ont violé à plusieurs titres les prescriptions de l‘OPP 2 en matière de placement et ont ainsi agi de manière illicite. Du point de vue de la faute, l‘article 52 LPP se contente d‘une négligence légère. Mais, en l‘espèce, il y a même une violation grossière des devoirs de diligence car les deux membres du conseil de fondation, en leur qualité de représentants de l‘employeur, se situaient manifestement dans une position de défense des intérêts de l‘entreprise fondatrice et ont ainsi insuffisamment respecté leur devoir d‘apprécier la situation financière de manière libre et indépendante, violant diverses prescriptions élémentaires en matière de placement.

Comme il ne s‘agit pas en l‘espèce de l‘octroi ou du refus de prestations d‘assurance, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Selon l‘article 159 alinéa 2 OJ, l‘institution de prévoyance n‘a en principe pas droit à des dépens en sa qualité d‘institution chargée de l‘exécution de tâches publiques. Une exception doit cependant être admise pour le procès en responsabilité selon l‘article 52 LPP. On ne saurait en effet exiger d‘une institution de prévoyance qu‘elle supporte elle-même ses frais d‘avocat qu‘elle a dû engager pour obtenir réparation de ceux qui lui ont causé un dommage.

383 Compensation et cession de créances - exception de l’inexécution de la prestation

(Note sur un arrêt du TFA du 1.5.2002 en la cause DS. A., B 21/01; arrêt en langue française)

(Art. 39 al. 2 LPP, art. 2 al. 1 et 3 LFLP, art. 66 LPP, art. 120ss C0, art. 164ss CO et art. 82 CO)

Dans le cas d’espèces, le salarié a signé une déclaration de renonciation à s’affilier à l’institution de prévoyance de son employeur en août 1988. Dix ans après, il a demandé à son ancien employeur de lui rembourser les cotisations dues. L’institution de prévoyance a accepté de lui rembourser la moitié des cotisations dues et a compensé l’autre moitié avec la créance de l’employeur pour les cotisations non prélevées sur les salaires.

Le litige portait donc sur la question de savoir si l’institution avait le droit de compenser partiellement le droit aux prestations en faveur du salarié avec une créance de cotisations non retenues cédée par l’employeur. L’institution de prévoyance a invoqué l’exception d’inexécution de la prestation (art. 82 CO) pour refuser de s’exécuter. Le TFA a estimé que lorsque l’assuré quitte une institution de prévoyance, celle-ci est tenue de lui verser une prestation de sortie et ne saurait lui opposer l’exception de l’inexécution de l’art. 82 CO, car le versement des cotisations incombe à l’employeur et l’institution ne peut les exiger que de ce dernier. Elle ne détient aucune prétention directe à l’égard de l’assuré.

S’agissant de la cession de créances, elle n’est possible que si l’employeur a effectivement une créance à l’égard de l’assuré. Le droit des assurances sociales admet la compensation de créances réciproques, y compris la LPP (art. 39 al. 2 LPP et ATF 126 V 315, 114 V 33), mais de manière restrictive. Il y a lieu d’appliquer les dispositions du CO sur la compensation de créances, par analogie. A cet effet, il faut que les créances existent de manière réciproque entre elles et que la dette soit exigible.

Dans ce cas, l’employeur estime devoir compenser sa créance sur une partie de salaire versée en trop, faute de prélèvement de contributions à la LPP. A cet effet, il doit pouvoir prétendre la restitution de la part de salaire en cause. Les règles générales régissant la formation et l’extinction des obligations s’appliquent. Dès lors, une compensation automatique est exclue et l’art. 39 al. 2 LPP doit être interprété de manière restrictive. Dans le cas d’espèce, toutefois, il ne ressortait pas clairement du dossier si cette compensation était possible, raison pour laquelle le dossier est renvoyé à l’autorité inférieure.

384 Résiliation d‘un contrat d‘affiliation à une fondation collective: les rentiers sont transférés à la nouvelle institution de prévoyance conformément au contrat d’affiliation

(Note sur un arrêt du TFA du 3.10.2001 en la cause S. Stiftung, B 84/00 et B 86/00; arrêt en langue allemande)

L‘employeur a résilié le contrat d‘affiliation qui le liait à la fondation collective. Par la suite, l‘employeur et la fondation collective ne sont pas parvenus à se mettre d‘accord sur la question de savoir si les personnes au bénéfice d‘une rente resteraient affiliées auprès de la fondation collective ou si elles devaient être prises en charge par la nouvelle institution de prévoyance. Le TFA a jugé dans ce cas qu‘elles devaient être transférées à la nouvelle institution de prévoyance.

La nouvelle institution de prévoyance a été invitée à participer à la procédure en vertu des principes posés dans l‘ATF 125 V 94 cons. 8b. D‘un point de vue strict, le tribunal cantonal aurait déjà dû le faire. Cette mesure permet d‘assurer que la nouvelle institution de prévoyance se laissera opposer le jugement tranchant la question de savoir si les personnes au bénéfice d‘une rente restent rattachées à l‘ancienne fondation ou si elles la quittent (cons. 3).

La nouvelle institution de prévoyance n‘a pas une légitimation active dans la procédure. Entre l‘ancienne institution de prévoyance et la nouvelle, il n‘existe ni ne naît aucun lien juridique qui puisse fonder des prétentions concernant la restitution des capitaux de couverture pour les assurés actifs et passifs. Dans l‘arrêt publié dans SVR 1999, TFA no 11, p. 33, l‘ancienne institution de prévoyance et la nouvelle se trouvaient face à face seulement parce que l‘employeur avait cédé à la nouvelle institution de prévoyance tous les droits nés du changement qu‘elle avait à l‘égard de l‘ancienne institution de prévoyance (cons. 4b).

La LPP ne règle pas le changement d‘institution de prévoyance par l‘employeur et en particulier pas non plus la question de savoir si les personnes au bénéfice d‘une rente au moment de la résiliation du contrat d‘affiliation doivent également sortir de l‘ancienne institution de prévoyance. La loi sur le libre passage ne règle pas non plus cette question. Dans l‘ATF 125 V 423 ss, le TFA a tiré la conclusion que le droit fédéral n‘impose pas de manière absolue à l‘institution de prévoyance, en cas de résiliation d‘un contrat d‘affiliation, de garder les rentiers rattachés à l‘employeur sortant. Dans le sens d‘une exigence minimale, il a toutefois exigé que le droit interne à la caisse contienne une réglementation correspondante. Il faut qu‘on sache clairement comment procéder en cas de changement d‘affiliation de l‘employeur. A défaut d‘une réglementation claire, il faut admettre que les rentiers concernés ont droit à ce que l‘ancienne institution de prévoyance continue de fournir les prestations légales et réglementaires (cons. 5b).

La solution dépend de manière décisive de la situation contractuelle d‘affiliation existant dans le cas particulier. En l‘espèce, la situation se présente de telle sorte que les assurés ne sont pas d‘abord membres d‘une institution de prévoyance en tant que telle, mais d‘une œuvre de prévoyance créée pour chaque employeur et ayant une comptabilité distincte. Leur appartenance à une œuvre de prévoyance

d‘un employeur gérée dans le cadre de la fondation collective se basait exclusivement et inconditionnellement sur le contrat d‘affiliation qui formait juridiquement un tout avec le contrat d‘assurance collective et les règlements de prévoyance. Dans une fondation collective, la prévoyance professionnelle repose directement sur les contrats d‘assurance conclus selon l‘article 68 LPP et il en va ainsi autrement que dans une caisse fermée ou semi-autonome de droit public qui assume le financement des prestations de vieillesse et/ou en cas de risque au moyen de ses propres ressources financières, alimentées parfois en partie par des subventions étatiques. Il en va tout autrement dans le cas jugé par le TFA: l‘institution de prévoyance, c‘est-à-dire la fondation collective, qui d‘un point de vue organisationnel mettait une œuvre de prévoyance à disposition de l‘employeur, n‘existait qu‘en raison du numerus clausus des formes juridiques prévu à l‘article 48 alinéa 2 LPP, mais n‘était en réalité qu‘un instrument intercalé entre l‘employeur tenu de s‘affilier et la société d‘assurances pour pouvoir mettre sur pied la prévoyance professionnelle selon les prescriptions de la LPP. Il n‘y avait, dans ce système, pas de contrat d‘affiliation sans un contrat collectif d‘assurance correspondant. La cessation du contrat d‘affiliation avait, selon son article 7 alinéa 5, pour conséquence la résiliation du contrat collectif d‘assurance-vie conclu selon l‘article 2 entre la fondation et la société d‘assurances. Si le contrat d‘affiliation venait à être résilié, le contrat collectif d‘assurance-vie prenait également fin avec la conséquence prévue contractuellement (selon l‘article 7 alinéa 5 deuxième phrase précité) que la fondation, dans ce cas de résiliation, met à disposition, en tant que valeur de remboursement, le montant qu‘elle reçoit de la société d‘assurances sur la base du contrat collectif d‘assurance-vie. Cette situation contractuelle d‘affiliation ne permettait pas d‘objecter que le cas des personnes déjà au bénéfice d‘une rente n‘était pas réglé de manière explicite. Au contraire, les personnes au bénéfice d‘une rente étaient englobées sans autre par le contrat d‘affiliation et le contrat collectif d‘assurance-vie, ce qui signifie qu‘il n‘y avait, pour elles, aucune autre base juridique entrant en considération. C‘est pourquoi, la conséquence juridique prévue contractuellement en cas de résiliation du contrat d‘affiliation intervenait pour elles comme pour les travailleurs actifs. L‘employeur sortant ne pouvait dès lors pas, à la suite de la disparition des bases contractuelles, prétendre à ce que les personnes au bénéfice d‘une rente restent dans la fondation collective (cons. 5c).

Aucune autre solution ne ressort du bulletin de la prévoyance professionnelle de l‘OFAS No 24 du 23 décembre 1998, chiffre 148. Ces instructions de l’OFAS ne peuvent pas être comprises comme voulant que les diverses personnes au bénéfice d‘une rente doivent donner leur consentement avec le fait de changer d‘institution de prévoyance ou de rester dans l‘ancienne; au contraire, cette circulaire ne fait que poser l‘exigence découlant de l‘article 51 LPP (gestion paritaire) que l‘organe paritaire ait consenti à la résiliation du contrat d‘affiliation et au changement de l‘institution de prévoyance (cons. 5d).

Selon la jurisprudence, les droits réglementaires et statutaires aux prestations comptent comme des créances ayant un jour d‘échéance déterminé, raison pour laquelle l‘institution de prévoyance entre en principe en demeure sans qu‘une interpellation de l‘assuré ne soit nécessaire. Cela doit valoir également pour le capital de couverture à transférer en cas de dénonciation d‘un contrat d‘affiliation et l‘obligation de payer des intérêts commence à courir dès la date où prend effet la dénonciation. Le taux de l‘intérêt de retard doit être fixé à 5%. Cet intérêt porte sur

l‘entier du capital de couverture de tous les assurés actifs et passifs et non pas sur la prestation de sortie des assurés en particulier. C‘est pourquoi, il se justifie de ne pas déterminer le taux d‘intérêt selon l‘article 7 LFLP, mais, à défaut de base réglementaire, d‘appliquer l‘article 104 alinéa 1 CO (cons. 5e).

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 64

du 28 octobre 2002

TABLE DES MATIERES

Indications

385 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2003

Prises de position de l'OFAS

386 Réalisation du gage grevant des prestations de prévoyance dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement lorsque l'ayant droit atteint l'âge de la retraite anticipée

387 Compensation de la lacune résultant d'un versement anticipé pour la propriété du logement, sans remboursement de ce dernier

388 Versement du capital en lieu et place de la rente – l'assuré peut-il revenir sur son choix et à quelles conditions ?

Jurisprudence

389 Obligation d'enquêter du juge LPP

390 Prestation de libre passage et retraite anticipée

391 Calcul de surindemnisation pour les personnes travaillant à temps partiel; interprétation d'une disposition réglementaire d'une caisse de droit public

392 Obligation des caisses de pension de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

385 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2003

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2003 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux ont été, ce qui est nouveau, légèrement augmentés, chacun de 0,01 pour cent. Ces taux ont été portés à 0,06 pour cent en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,04 pour cent pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. L'échéance de ces cotisations est à fin juin 2004.

Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Prises de position de l'OFAS

386 Réalisation du gage grevant des prestations de prévoyance dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement lorsque l'ayant droit atteint l'âge de la retraite anticipée

L'assuré ne peut réaliser le gage grevant la prestation de prévoyance dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement que si son droit à cette prestation subsiste (art. 331d, al. 1, CO). D'après la jurisprudence actuelle du TFA (ATF 120 V 306, 126 V 89), le droit à la prestation de libre passage s'éteint dès le moment où l'assuré atteint l'âge réglementaire pour les prestations de vieillesse au titre de la retraite anticipée. Dans un arrêt plus récent du 24 juin 2002 (B38/00) – ch. marg. 390 -, le TFA a relativisé cette jurisprudence et décidé que le cas de prévoyance ne survient que si l'assuré recourt à la possibilité que lui octroie le règlement de demander une rente de vieillesse anticipée. S'il ne fait pas usage de cette possibilité, il a droit à la prestation de libre passage. Ce sont les dispositions réglementaires concrètes qui font foi. Lorsque celles-ci prévoient, comme c'est vraisemblablement le cas, un droit d'option, le cas de prévoyance ne survient que si l'assuré a réellement opté pour une retraite anticipée. S'il ne l'a pas fait, le droit à la prestation de libre passage subsiste et il peut donc y recourir dans le cadre de la réalisation du gage.

Dans quelques cas plutôt rares, pour lesquels le règlement prescrit la retraite anticipée au moment de la dissolution des rapports de travail sans possibilité d'option lorsque l'assuré atteint une limite d'âge déterminée, celui-ci n'a plus droit à la prestation de libre passage. Il ne peut donc plus réaliser le gage sur cette prestation lorsqu'il a atteint la limite d'âge. S'agissant des prestations de libre passage mises en gage, on ne peut y recourir que si la retraite est effectivement survenue. Entre les

deux moments il peut donc y avoir une période durant laquelle la réalisation du gage n’est pas possible.

387 Compensation de la lacune résultant d'un versement anticipé pour la propriété du logement, sans remboursement de ce dernier

L’OFAS a été invité à se prononcer sur deux questions. Il s’agit d’abord de savoir si la part à la prestation de sortie, reçue à l'occasion du divorce, peut servir au remboursement d'un versement anticipé pour la propriété du logement. Ensuite de déterminer si le remboursement du versement anticipé - au moyen d'un avoir de prévoyance devenu libre à la suite d'une réduction du degré d'occupation ou au moyen de fonds transférés spécialement à cet effet d'un compte de libre passage à l'institution de prévoyance – est autorisé.

Ces fonds peuvent servir à compenser une lacune résultant d'un versement anticipé. Ni le législateur, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se prononcent à vrai dire sur cette question. Il serait cependant inéquitable – du point de vue du droit de la prévoyance – qu'une personne assurée ayant déjà racheté les prestations réglementaires complètes ne puisse utiliser ces fonds pour remédier à la lacune provenant du versement anticipé et rétablir ainsi son droit aux prestations réglementaires complètes auprès de son institution de prévoyance, mais doive les placer auprès d'une institution de libre passage.

Comme les fonds utilisés pour combler la lacune étaient déjà liés pour la prévoyance, une telle transaction ne constitue évidemment pas un remboursement du versement anticipé au sens de la loi. C'est pour cette raison que la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner ne peut être radiée (art. 30^{e}, al. 3 LPP), que le remboursement de l'impôt payé lors du versement anticipé ne peut être exigé (art. 83a, al. 2 LPP) et qu'il n'y a pour l'institution de prévoyance aucune obligation d'annoncer à l'Administration fédérale des contributions (art. 13, al. 1 OEPL). La mention au registre foncier ne peut être alors radiée que lorsqu'il est établi que le montant investi dans la propriété du logement et provenant de fonds qui n'étaient pas encore liés à des buts de prévoyance, a été transféré à l'institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution de libre passage (art. 30^{e}, al. 3, let. d LPP). La personne assurée doit, pour cette raison, conserver le droit d'effectuer le remboursement du versement anticipé à l'institution de prévoyance ou à une institution de libre passage et de demander ensuite le remboursement de l'impôt payé (art. 83a, al. 2 LPP, art. 14 OEPL).

Pour le pilier 3a, le problème ne se pose pas, un remboursement du versement anticipé n'étant pas possible en l'occurrence (cf. art. 3, al. 3-5 OPP 3 et Circulaire n° 23 de l'Administration fédérale des contributions du 5 mai 1995 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, ch. III.)

388 Versement du capital en lieu et place de la rente – l’assuré peut-il revenir sur son choix et à quelles conditions ?

L’assuré qui, dans les institutions de prévoyance qui le permettent, choisit un capital en lieu et place de la rente, peut-il revenir sur ce choix et opter à nouveau pour une rente ? Consulté à diverses reprises sur cette question qui fait problème dans certains cas, notre office avait pris position – non publiée dans le bulletin – pour la primauté de la rente et donc pour la possibilité accordée à l’assuré de revenir sur son choix. En effet, dans ces cas, le droit à la rente doit primer selon la loi.

Toutefois, il n’est pas question de permettre à l’assuré de changer à tout moment d’avis, mais il ne s’agit pas non plus d’empêcher l’assuré de revenir sur une décision de choisir le capital. Le choix peut être limité dans le temps, mais encore faut-il que cette limitation ne soit pas de nature à empêcher l’assuré d’exercer son choix et son droit de révoquer ce dernier.

Dès lors, si la loi prime par rapport aux règlements des institutions de prévoyance qui permettraient aux assurés d'exercer une option, on doit aussi admettre que la caisse ne subisse pas de désavantage du fait du choix de l'assuré. En particulier, si elle doit refaire ses calculs, il lui faut du temps, d'où la limitation de la révocation de l’option à un délai de 6 mois avant l’âge terme.

Certaines caisses fixent une « peine conventionnelle » sous forme de réduction de la rente d’un certain pourcentage pour couvrir le risque d'antisélection. Cela s’explique parce que la caisse doit prévoir un financement pour une prestation sous forme de rente, calculée sur la base de données actuarielles. Si elle sert un capital, le calcul se fait sur d'autres bases, plus avantageuses pour la caisse. Dès lors, en revoyant son calcul, la caisse corrige son modèle de financement prévu initialement et si l'assuré change d'avis, elle doit revenir au modèle initial et subit ainsi un manque de financement. Notre office a admis que le risque d'antisélection puisse être supporté par l'assuré, de même que les frais inhérents à son changement d’avis, mais pour autant que ceux-ci (frais et antisélection) soient dûment prouvés. Une réduction systématique de la prestation, de même qu’un forfait pour les frais ne sauraient ainsi être admis sans autre.

Jurisprudence

389 Obligation d'enquêter du juge LPP

(Note sur un arrêt du TFA du 3 juin 2002 dans la cause M.J. B 59/00; arrêt en allemand)

(Art. 73 al. 2 LPP)

Le point de départ de la procédure prévue à l'article 73 LPP n'est pas une décision au sens juridique du terme, mais une simple prise de position de l'institution de prévoyance, laquelle ne devient exécutoire qu'en vertu d'une décision judiciaire consécutive à une action. Le juge compétent en matière de LPP ne peut dès lors renvoyer la cause à l'institution de prévoyance pour nouvelle décision. Le juge, qui doit constater les faits d'office (art. 73 al. 2 LPP), est aussi tenu de procéder lui-même, par voie de procédure probatoire, aux compléments d'instruction nécessaires. Pour ce faire, il lui est loisible de requérir de l'institution de prévoyance les éclaircissements nécessaires dans le cadre des mesures probatoires ordonnées ou en exécution de son obligation d'interroger les parties. Par conséquent, le juge LPP est tenu de procéder lui-même aux enquêtes qu'il estime nécessaires, par exemple lorsqu'il doit se prononcer sur le montant et le début de la rente d'invalidité due en vertu de la LPP.

390 Prestation de libre passage et retraite anticipée

(Note sur un arrêt du TFA du 24 juin 2002 dans l'affaire H.S., B 38/OO ; arrêt en allemand)

(Art. 13 al. 2, LPP, art 2 al.1, LFLP)

Selon la jurisprudence constante (ATF 126 V 89, 120 V 306, RSAS 1998, p. 126) qui s'est référée au droit régissant la prestation de libre passage en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, découlant de l'article 27 alinéa 2 LPP (pour la part obligatoire) et de l'article 331b alinéa 1 CO (pour la part surobligatoire), l'assuré n'a pas droit à une prestation de libre passage -qui sert au financement des prestations de vieillesse- lorsque la résiliation des rapports de travail survient à un moment où il remplit les conditions réglementaires donnant droit à une retraite anticipée.

Selon le TFA, il s'agit de savoir si ces principes sont conciliables avec la nouvelle réglementation sur le libre passage, valable à partir du 1er janvier 1995, dont le but est que l'assuré puisse changer d'emploi sans avoir le souci de subir en pareil cas d'importantes pertes dans sa prévoyance professionnelle. Cela se pose notamment dans les cas où l'assuré ne veut pas cesser d'exercer une activité lucrative alors qu'il a atteint l'âge de la retraite anticipée, mais qu'il a au contraire en vue d'exercer une nouvelle activité lucrative dépendante, et, par conséquent, d'entrer dans une

nouvelle institution de prévoyance. Ce problème relatif à ce cas d'espèce n'a pas besoin d'être traité et cette question a donc été laissée ouverte, car une interprétation correcte des dispositions statutaires applicables en la matière conduit à une solution claire.

Etant donné que l'intimée est une institution de prévoyance de droit public, ce sont les règles relatives à l'interprétation du texte légal qui demeurent applicables lorsqu'il s'agit de déterminer le sens précis des dispositions statutaires. On ne peut s'écarter qu'exceptionnellement d'un texte clair et précis, et donc sans ambiguïté, d'une disposition légale que lorsqu'il existe en particulier des motifs pertinents que le texte légal ne traduit pas le sens véritablement voulu par la disposition.

La disposition correspondante des statuts en vertu de laquelle l'assuré, qui a atteint l'âge de 60 ans, peut exiger sa sortie de l'institution de prévoyance et le versement d'une rente de vieillesse lorsqu'il a résilié ses rapports de service ou de travail, laisse clairement la possibilité à ce dernier, selon sa teneur, de demander le paiement de la rente de vieillesse anticipée si les conditions sont remplies.

Si l'interprétation du règlement de prévoyance fait juridiquement dépendre le versement aux assurés de la rente de vieillesse d'une déclaration de volonté quand ils remplissent les conditions pour la retraite anticipée, le cas de prévoyance vieillesse –qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'article 2, 1er alinéa, LFLP- n'est pas automatiquement réalisé dans tous les cas où les rapports de travail ou de service sont résiliés alors que l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Bien plus, le cas de prévoyance ne survient que lorsque l'assuré a fait usage de son droit -selon la possibilité offerte dans les statuts- d'exiger le versement de la rente de vieillesse anticipée. Si l'assuré n'exerce pas son droit, il a droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 LFLP).

391 Calcul de surindemnisation pour les personnes travaillant à temps partiel; interprétation d'une disposition réglementaire d'une caisse de droit public

(Note sur un arrêt du TFA du 18 juillet 2002 dans la cause J. contre caisse de pension des fonctionnaires X., B 10/99 ; arrêt en allemand)

(Art. 34 al. 2 LPP, 24 al. 1 et 2 OPP 2, 5 al. 1 LAI, 27bis al. 1 RAI)

L'objet du litige porte sur le calcul de surindemnisation. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure il faut prendre en compte la rente allouée par l'assurance-invalidité dans le calcul de surindemnisation à effectuer par la caisse de pension.

S'agissant d'une personne travaillant à temps partiel, la rente de l'assurance-invalidité lui revenant doit être déterminée sur la base de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité. Cette rente est destinée à indemniser, d'une part, la perte de gain et, d'autre part, l'incapacité d'accomplir les travaux habituels au sens de l'article 5 alinéa 1 LAI (art. 27bis al. 1 RAI; ATF 125 V 146). Pour sa part, la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle sert uniquement à compenser la

diminution de la capacité de gain. C'est la raison pour laquelle, dans son arrêt de principe X. du 16 juillet 1998, B 24/97, se fondant sur l'article 34 alinéa 2 LPP en liaison avec l'art. 24 al. 1 et 2 OPP 2, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, s'il y a concours entre une rente de l'assurance-invalidité calculée selon la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, le calcul de surindemnisation doit tenir compte, selon le principe de la concordance des droits, uniquement de la part de la rente de l'assurance-invalidité correspondant à l'incapacité de gain (ATF 124 V 279).

Selon les conditions d'assurance de la caisse de pension X., les rentes d'invalidité et de survivants de la caisse de pension sont réduites dans la mesure où, ajoutées au salaire ou aux prestations de l'AVS fédérale, de l'AI, de l'assurance-accidents (selon la LAA) ou de l'assurance militaire (selon la LAM), elles dépassent 90 pour cent du traitement brut.

Etant donné que l'institution de prévoyance en question est une institution de droit public, l'interprétation de la disposition précitée est soumise aux règles habituelles d'interprétation de la loi. Dans le domaine de la prévoyance facultative, les rapports de prévoyance de droit privé entre les assureurs et les assurés reposent sur un contrat de prévoyance, lequel doit être interprété selon le principe de la confiance, compte tenu des règles régissant les dispositions peu claires et inhabituelles (ATF 122 V 146 consid. 4c, 116 V 221 consid. 2, et références citées). Par contre, les rapports de prévoyance soumis au droit public ne présentent aucun élément contractuel.

Les conditions d'assurance de la caisse de pension X. ne font aucune distinction formelle entre les prestations de la prévoyance obligatoire et celles de la prévoyance surobligatoire, de sorte qu'elles s'appliquent, en ce qui concerne la réduction pour cause de surindemnisation, à l'ensemble des prestations d'invalidité et de survivants (c.-à-d. à la fois les prestations obligatoires et sur-obligatoires) de l'institution de prévoyance conçue comme une caisse enveloppante. Il en résulte que le calcul de surindemnisation pour les prestations obligatoires (au moins) doit être conforme à l'article 34 alinéa 2 Cst., en relation avec l'art. 24 al. 1 et 2 OPP 2, et à la jurisprudence (ATF 124 V 279). Dès lors que les conditions générales s'appliquent aussi bien aux prestations de la prévoyance obligatoire qu'à celles de la prévoyance surobligatoire, la disposition doit être interprétée de manière identique pour ces deux domaines de la prévoyance, à savoir que la rente versée par l'assurance-invalidité n'entre en ligne de compte pour calculer la surindemnisation que dans la mesure où elle indemnise l'incapacité de gain. Seule cette interprétation restitue sa véritable portée au texte réglementaire peu clair et susceptible de plusieurs interprétations. Dans le cas d'une rente de l'assurance-invalidité calculée selon la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité, la part liée à l'incapacité d'accomplir les travaux habituels au sens de l'article 5 alinéa 1 LAI n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de surindemnisation de l'institution de prévoyance.

392 Obligation des caisses de pension de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales

Une caisse de pension est tenue de renseigner les autorités fiscales fédérales et cantonales sur l‘adresse de paiement de la rente d‘invalidité d‘un de ses assurés

(Note sur un arrêt de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral du 25.7.2001, 2A.96/2000 ; arrêt en langue allemande)

(Art. 112 LIFD, art. 86 et 86a LPP)

Le Tribunal fédéral a admis un recours contre la décision du 18 janvier 2000 de la Commission fédérale en recours en matière de LPP, résumée dans les Communications sur la prévoyance professionnelle no 49, ch. marg. 300 (CRLPP 522/98). La dite Commission était d‘avis qu‘il suffisait que l‘institution de prévoyance déclare les prestations versées. Le Tribunal fédéral a désormais jugé que l‘adresse de paiement (numéro de compte et banque) devait aussi être communiquée. Résumé des considérants:

L‘administration fédérale des contributions, en qualité de recourante, invoquait en particulier que l‘adresse de paiement était indispensable. Selon elle, la perception de l‘impôt (art. 2 LIFD), qui puisse être garantie par la constitution de sûretés, fait aussi partie des mesures permettant une juste application de la loi fiscale. A ce sujet, il serait manifeste que la relation bancaire et le numéro du compte jouent un rôle central. En plus, il ne saurait être exclu que le contribuable possède auprès de la banque en question d‘autres valeurs patrimoniales non taxées au sujet desquelles la banque devrait éventuellement fournir des renseignements dans le cadre d‘une attestation complète (art. 127 al. 1 let. e LIFD).

Le Tribunal fédéral a suivi cette argumentation: la seule possibilité que l‘administration fiscale puisse, selon l‘article 127 LIFD, exiger une attestation complète suppose que l‘adresse de la banque lui soit communiquée. Pour la constitution de sûretés lorsque les droits du fisc paraissent menacés (art. 169 LIFD), il est nécessaire que l‘administration fiscale sache où se trouvent les actifs. Il y a là un lien direct avec l‘exécution de la loi fiscale. Toutefois, cela ne signifie pas que l‘obligation de renseigner l‘administration fiscale selon l‘article 112 LIFD n‘ait pas de limites. Au contraire, le renseignement doit être pertinent pour l‘„application de la présente loi“ (voir la teneur de la loi). Un soupçon concret de comportement pénalement répréhensible du contribuable n‘est pas nécessaire, mais des actes généraux d‘enquête sans but concret ne sont pas admissibles (consid. 4).

En modifiant la teneur de l'article 86 LPP et en adoptant le nouvel article 86a LPP – dispositions entrées en vigueur le 1er janvier 2001 – le législateur avait pour but d'adapter les dispositions de la LPP en matière de protection des données aux exigences de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données. A cet effet, les exceptions à l'obligation de garder le secret réglées jusqu'alors par voie d'ordonnance (Ordonnance sur les exceptions à l'obligation de garder le secret dans la prévoyance professionnelle et sur l'obligation de renseigner incombant aux

organes de l'AVS/AI (OSRPP) ont été reprises dans la loi. De ce fait, il n'a été nécessaire de modifier la réglementation sur l'obligation de garder le secret (message du Conseil fédéral du 24 novembre 1999, FF 2000 225, 256, 261 s.).

Par "intérêts privés prépondérant" au sens de l'article 86a al. 1 LPP, il faut entendre ceux qui touchent l'assuré, l'employeur ou d'autres personnes intéressées. Il s'agit en premier lieu de faits qui concernent la personne de l'assuré tels que sa santé ou sa situation professionnelle, ou des secrets professionnels de l'employeur. On ne voit pas en quoi de tels faits jouent un rôle dans la présente espèce. Il est évident que, lorsque l'administration fiscale demande des renseignements, on ne saurait refuser d'y donner suite en invoquant l'intérêt de l'assuré à ne pas dévoiler sa situation financière à l'égard du fisc. L'article 86a al. 1 LPP exige un "intérêt prépondérant", qui doit concerner la personne de l'assuré et qui ne justifie pas que l'on garde le secret sur des faits qui doivent être déclarés au fisc, ainsi que cela découle naturellement de cette disposition. Il faut y ajouter le principe de la proportionnalité: Les renseignements ne doivent pas fournir plus de données que celles qui sont ou peuvent être nécessaires à l'application de la législation fiscale. En communiquant l'adresse de paiement, l'on ne fournit aucune donnée qui ne pourrait pas être nécessaire à l'application de la loi fiscale (cons. 5).

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 65

du 31 octobre 2002

EDITION SPECIALE

393 Abaissement du taux d'intérêt minimal à 3,25 pour cent ;
communiqué de presse, texte de l'ordonnance et commentaires

394 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2003

395 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2003

Prise de position de l'OFAS
396 Taux d'intérêt minimal de 4 pour cent

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

393 Abaissement du taux d'intérêt minimal à 3,25 pour cent ; communiqué de presse, texte de l'ordonnance et commentaires

Communiqué de presse

23 octobre 2002

Prévoyance professionnelle : abaissement du taux d'intérêt minimal à 3,25 %

Pour faire suite au récent débat parlementaire sur le taux d'intérêt, le Conseil fédéral a décidé d'abaisser le taux d'intérêt de 4 à 3,25 % avec effet au 1er janvier 2003. Dans le cadre de la modification de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) relative au taux d'intérêt, il a fixé une nouvelle procédure permettant d'adapter le taux d'intérêt de manière régulière, au moins tous les deux ans. Etant donné l'évolution incertaine des perspectives de rendement, le taux d'intérêt minimal sera réexaminé l'année prochaine déjà. L'adaptation se fonde sur un rapport que doit présenter, chaque année, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur la situation des institutions de prévoyance et des assureurs-vie.

Le Conseil fédéral a décidé d'abaisser le taux d'intérêt minimal à 3,25 % dès le 1er janvier 2003. En outre, il a institué une procédure devant régler les modifications futures du taux d'intérêt. L'adaptation du taux d'intérêt minimal doit se faire selon une procédure réglementée, afin de garantir un examen périodique de l'adéquation du taux d'intérêt, au moins tous les deux ans. Compte tenu de l'incertitude qui continue de régner quant à l'évolution des taux d'intérêt et à la situation des marchés des placements, le taux d'intérêt minimal sera réexaminé l'année prochaine déjà.

Les principes sur lesquels le Conseil fédéral fonde sa décision de modifier le taux d'intérêt reposent sur différents éléments :

- l'évolution du rendement des obligations de la Confédération
- les possibilités de rendements des autres placements usuels du marché
- la situation financière des institutions de prévoyance

Le Conseil fédéral entend disposer dorénavant de données aussi actuelles que possible sur la situation financière des institutions de prévoyance. L'OFAS devra donc procéder à un examen annuel de la situation des institutions de prévoyance et consigner ses observations dans un rapport, ainsi que cela ressort de l'art. 44 a de l'OPP 2. Dans ce rapport, les autorités de surveillance cantonales fournissent à l'OFAS les données relatives aux institutions qu'elles surveillent et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) transmet à son tour les informations qui ont trait aux assureurs-vie.

Ordonnance *Projet*
sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 23 octobre 2002

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité est modifiée comme il suit :

Art. 12 Taux d'intérêt minimal
(art. 15, al. 2, LPP)

L'avoir de vieillesse sera crédité d'un intérêt:
a. pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 : d'au moins 4 pour cent;
b. pour la période dès le 1er janvier 2003 : d'au moins 3,25 pour cent.

Art. 12a Examen du taux d'intérêt minimal
(art. 15, al. 2 LPP)

[1] Le taux d'intérêt minimal est examiné au plus tard tous les deux ans. A cet effet, on tient compte de
a. l'évolution du taux d'intérêt des obligations de la Confédération;
b. les possibilités de rendements des autres placements usuels du marché.

[2] Les conclusions du rapport de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) prévu par l'art. 44a seront prises en considération pour l'établissement du taux d'intérêt minimal.

[3] L'OFAS fournit au Conseil fédéral les éléments nécessaires à cet examen. La Commission fédérale de la prévoyance professionnelle est consultée dans le cadre de l'examen du taux de l'intérêt minimal.

Art. 12b Modification du taux d'intérêt minimal
(Art. 15 al. 2 LPP)

Les Commissions de la sécurité sociale et de la santé publique des deux Conseils et les partenaires sociaux seront consultés préalablement à toute modification du taux d'intérêt minimal.

---

[1] RS **831.441.1**

Art. 44a *Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance*
(art. 65 al. 1 et 97 al. 1 LPP)

L'Office fédéral des assurances sociales examine, chaque année, sur la base des données des autorités de surveillance, la situation financière des institutions de prévoyance et en rend compte au Conseil fédéral. L'Office fédéral des assurances privées participe à ce rapport, en ce sens qu'il fournit des données sur la situation des assureurs-vie.

II

Dispositions finales à la modification du 23 octobre 2002

Le premier examen du taux d'intérêt minimal a lieu au plus tard en 2003.

III

Cette modification entre en vigueur le 1er janvier 2003.

23 octobre 2002 Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération: Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération: Annemarie Huber-Hotz

Commentaires sur la modification de l'OPP 2

1 Considérations générales

1.1 Le taux d'intérêt minimal : une norme minimale

Selon l'art. 15, al. 2, LPP, le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt minimal en tenant compte des possibilités de placement. Ce taux constituant une norme minimale, il n'est contraignant pour les institutions de prévoyance que dans un cadre clairement défini.

Le taux d'intérêt minimal est la prescription minimale applicable aux avoirs de vieillesse qui se sont constitués

- depuis le 1er janvier 1985 et
- sur la base du salaire coordonné LPP. Aux termes de la LPP, le salaire coordonné équivaut au revenu brut moins le montant de la rente annuelle AVS maximale (déduction de coordination). Le domaine obligatoire de la LPP ne vise que les salaires allant jusqu'au triple du montant de la rente AVS annuelle maximale. A l'heure actuelle, le salaire obligatoirement assuré dans la LPP se situe dans la fourchette allant de 24 720 francs à 74 160 francs.

Les institutions de prévoyance sont habilitées à appliquer un taux d'intérêt plus bas pour rémunérer les avoirs de vieillesse qui ont été constitués avant le 1er janvier 1985 et les comptes d'épargne provenant d'un salaire assuré supérieur à 74 160 francs. Il n'a que très rarement, voire jamais, été fait appel à cette possibilité.

Lorsque le résultat d'une institution de prévoyance est supérieur au taux minimal, la question de la participation aux excédents se pose. Les formes suivantes de participation sont possibles :

- *Garantie des prestations*
  Il est possible de garantir les prestations par la constitution de réserves actuarielles, de provisions dans le cadre des capitaux de couverture des rentes (provisions pour futures hausses des rentes) ; par l'alimentation de réserves destinées à absorber des écarts propres à la caisse elle-même par rapport aux bases de calcul statistiques ; et par la constitution de réserves techniques (réserves pour variations de cours, pour pertes, provisions pour rénovations d'immeubles), etc.
- *Amélioration des prestations*
  Au profit des assurés actifs : versement d'intérêts plus élevés et placements uniques ; au profit des rentiers : versement de rentes doublées, etc.
- *Maintien de la valeur des prestations*
  Octroi de compensations du renchérissement sur les rentes de vieillesse en cours ; indexation plus haute des rentes d'invalidité et de survivants en cours, etc.
- *Allégements au niveau des cotisations*
  Prise en charge temporaire de cotisations (employeurs et employés) par la caisse ou réduction paritaire et durable des cotisations statutaires, etc.

C'est l'organe paritaire de l'institution de prévoyance (le conseil de fondation) qui décide de l'utilisation des excédents. Dans le cas des institutions de prévoyance affiliées à une institution collective, la décision appartient à la commission d'administration de l'institution de prévoyance.

Les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65, al. 1, LPP). La rémunération de l'avoir de vieillesse au taux d'intérêt minimal est l'une de ces garanties. Une institution de prévoyance qui ne peut plus tenir ses engagements se trouve en insuffisance de couverture et elle est tenue de le signaler à l'autorité de surveillance compétente. Elle doit en outre présenter un plan d'assainissement lui permettant de résorber entièrement ses découverts (art. 44 OPP 2). Tant les augmentations de cotisations que les réductions de prestations du domaine surobligatoire peuvent figurer au rang des mesures d'assainissement.

Toute insuffisance de couverture doit être interprétée comme un signal d'alarme. Dans le passé, seules quelques rares institutions se sont trouvées dans cette situation. Mais si les cas de défaut de couverture s'accumulent parce que certains paramètres centraux sur lesquels les institutions de prévoyance n'ont pas prise sont inadéquats - comme le dit d'ailleurs le FMI dans son analyse - alors la stabilité du système est compromise. Aujourd'hui, deux taux sont en cause : le taux de conversion minimum applicable pour transformer l'avoir de vieillesse en rente

annuelle (art. 17, al. 1, OPP 2) ne tient pas compte de l'évolution de l'espérance de vie intervenue depuis 1985 ; et le taux d'intérêt minimal ne correspond pas à la situation du marché des placements.

Le premier sera adapté dans le cadre de la 1re révision LPP, le second sera flexibilisé par la présente révision d'ordonnance. Ces deux mesures contribueront à stabiliser le régime de la prévoyance professionnelle.

1.2 Flexibilisation du taux d'intérêt minimal

La hauteur du taux minimal détermine dans quelle mesure les assurés bénéficiant du minimum participent avec leur avoir de manière directe au rendement de la fortune de la fondation. Dans ce sens, le montant du taux minimal définit en quelque sorte la liberté d'action des institutions de prévoyance quant à l'utilisation de leurs excédents. Le taux minimal remplit ainsi une **fonction de garantie** au profit des assurés. Le Conseil fédéral relèvera donc le taux minimal dès que la situation du marché des placements et la situation financière des institutions de prévoyance se seront rétablies. Il garantira ainsi que les assurés bénéficient des améliorations de prestations consécutives à de meilleurs rendements en se basant sur des dispositions d'ordonnance plutôt que sur les décisions des fondations.

1.3 Amélioration de la transparence dans la prévoyance professionnelle

Lors des discussions relatives à la diminution du taux minimal, des critiques ont été formulées à propos du manque de transparence dans la prévoyance professionnelle. C'est dans le cadre de la 1re révision LPP qu'il convient de remédier à ce manque. Le Conseil national a adopté dans le contexte de cette révision des règles de transparence que le Conseil fédéral approuve expressément.

2 Explications spécifiques aux différentes dispositions d'ordonnance

Article 12

Cet article précise que le nouveau taux de 3,25 % est applicable à partir du 1er janvier 2003. Les intérêts versés jusqu'à cette date ne sont pas touchés par cette modification de l'ordonnance.

Le Conseil fédéral est d'avis que le taux d'intérêt minimal devrait être abaissé à 3,25 %. Sa décision se fonde sur des critères clairs qui sont désormais explicités dans l'ordonnance et sur un mécanisme d'examen qui fait l'objet de règles. La procédure en question est fondée sur les dispositions de l'article 15 LPP, qui prévoient que le Conseil fédéral fixe le taux minimal en tenant compte des possibilités de placement.

Le taux d'intérêt minimal selon l'art. 12 OPP 2 déploie des effets sur d'autres dispositions d'ordonnance.

Ainsi, le taux minimal est décisif aux termes de l'art. 6 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP) pour la prestation minimale de sortie selon l'OLP. Il va de soi que

dorénavant, c'est le nouveau taux minimal qui s'appliquera, cependant uniquement aux cas de répartition conformes aux lettres a et b.

L'art. 7 OLP (en vigueur depuis le 1er janvier 2000) dispose que le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté de ¼ pour cent. Il conviendrait donc après l'échéance de créditer les prestations de sorties d'un taux de 3,5 %. Cet écart entre le taux de l'intérêt moratoire et celui de l'intérêt minimal est d'ailleurs plus favorable aux assurés sortants qu'à ceux qui restent. Il est donc judicieux d'adapter le taux de l'intérêt moratoire au nouveau taux.

L'art. 8a OLP applicable pour calculer l'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie suite à un divorce ne laisse aucune question ouverte car le taux applicable figure dans le libellé de la disposition.

Il est important que le changement se limite au taux d'intérêt minimal, sans toucher au taux d'intérêt technique. Le taux d'intérêt technique de 3,5 % - 4,5 % fixé à l'art. 8 OLP reste donc inchangé. Le taux d'intérêt technique est un taux fixé pour le long terme et il ne doit pas être assujetti à la flexibilisation. Les prestations de sortie qui, dans les caisses à primauté des prestations, sont calculées sur la base de la valeur actuelle de la prestation acquise seront donc aussi fondées dorénavant sur la marge de l'intérêt technique. Une diminution du taux technique aurait pour conséquence une augmentation des prestations de libre passage (prestations de sortie), ce qui se traduirait par un besoin supplémentaire de financement.

Un taux d'intérêt technique est appliqué pour fixer le taux de conversion (7,2 %) et de manière générale pour définir quel est le capital de couverture nécessaire pour les rentes en cours. Ce taux n'est pas touché par une modification du taux d'intérêt minimal. C'est de sa stabilité que dépend la stabilité du système. Il ne faudrait examiner l'opportunité d'une adaptation que si les placements adéquats sur le plan des risques n'offraient à très long terme que des rendements insuffisants.

Article 12a

L'art. 12a réglemente la procédure, ainsi que les critères d'examen et de fixation du taux d'intérêt minimal. Le Conseil fédéral veut que l'adaptation du taux minimal se fasse dorénavant selon une procédure réglementée. Il s'agit de garantir que l'adéquation du taux d'intérêt minimal soit périodiquement soumise à un examen. L'OFAS procédera à une évaluation de la situation au moins tous les deux ans. En collaboration avec la sous-commission Questions de placements de la Commission fédérale LPP, qui s'adjoindra le concours d'experts du Département fédéral des finances, l'OFAS procède actuellement à une analyse du marché des placements, en particulier dans les domaines suivants : obligations de la Confédération, obligations libellées en francs suisses de débiteurs de premier ordre, actions et immobilier. L'office établit des comparaisons entre ces types de placements et le taux d'intérêt minimal en vigueur. La Commission fédérale LPP sera aussi invitée à se prononcer à ce propos. On est donc en présence d'un automatisme souhaitable pour ce qui est du moment auquel le taux minimal fait l'objet d'un examen. Quant au moment choisi pour procéder à l'adaptation et à l'importance du changement, ils resteront de la compétence du Conseil fédéral et ne seront soumis à aucun automatisme. En tant que base unique de décision, le modèle élaboré par la Commission fédérale LPP

n'est pas approprié pour adapter le taux minimal. Des modèles simples qui sont étroitement liés à une catégorie de placements constituent pour les institutions de prévoyance des incitations à orienter leur stratégie vers ces catégories. Un mécanisme automatique d'adaptation pourrait ainsi conduire à des politiques de placement qui iraient dans les mêmes directions, d'où des effets pervers sur la demande et sur les prix. De telles convergences dans les stratégies de placements des caisses de pensions auraient également des effets négatifs au plan économique dans la mesure où les capitaux épargnés seraient investis en fonction de critères de régulation et non en fonction de critères économiques.

Lorsqu'il fixe le taux minimal, le Conseil fédéral tient compte de certains indicateurs qu'il n'y a pas lieu de lier entre eux dans une formule. Ces indicateurs sont les suivants :

- *Evolution des intérêts des obligations de la Confédération*
  Cet indicateur résulte du taux d'intérêt au comptant des obligations à 10 ans de la Confédération qui est saisi par la Banque nationale suisse.
- *Evolution des potentiels de rendement d'autres placements*
  Cet indicateur tient compte d'autres types de placements (actions, obligations, immobilier, prêts hypothécaires, etc.). L'analyse de ces placements pourrait faire appel aux valeurs d'indice usuelles dans ce secteur de marché.
  Le financement et la garantie du 2e pilier ne peuvent être assurés qu'à la condition d'exploiter les potentialités de placement des marchés financiers et, partant, de respecter les prescriptions de diversification. Ce qui explique pourquoi il conviendrait de tenir compte des résultats potentiels d'autres placements lorsqu'on fixe le niveau du taux d'intérêt minimal. Les hauts et les bas enregistrés ces dernières années par le marché démontrent toutefois que vu les aléas de l'économie, il est impossible d'obtenir une garantie absolue des rentes. On voit donc que même dans un système de financement par capitalisation, la planification à long terme a ses limites.

La situation financière des institutions de prévoyance est un élément de plus dont la décision relative au taux minimal devrait tenir compte. Cet élément ne constitue pas en soi un critère de décision pour le Conseil fédéral. Mais la situation financière reflète l'état des réserves accumulées par les institutions de prévoyance professionnelle. Si les réserves sont insuffisantes ou s'il y a découvert durant une phase de reconstitution de réserves, cet élément peut jouer son rôle dans l'analyse qui conduit à la décision. Ce raisonnement s'applique aussi dans le cas contraire.

Article 12b

Cette disposition prévoit d'inclure dans la consultation préalable à toute adaptation du taux d'intérêt les deux Commissions de la sécurité sociale et de la santé publique des Chambres et les partenaires sociaux.

Article 44a

Il s'est avéré lors des discussions sur le taux d'intérêt minimal que les données sur la situation financière des institutions de prévoyance sont insuffisantes. Pour les améliorer, l'OFAS est invité à faire chaque année une enquête sur la situation

financière des institutions de prévoyance. Il travaillera sur la base des données saisies par les autorités de surveillance (comptes annuels et annexes remis par les institutions de prévoyance). C'est dans ce contexte qu'il conviendra d'étudier aussi la situation des assureurs-vie en lien avec la gestion des fonds des institutions collectives, ce qui suppose une collaboration de l'Office fédéral des assurances privées.

Le rapport annuel sur la situation financière des institutions de prévoyance offre simultanément une sorte de surveillance de la stabilité du système.

Dispositions finales
Pour tenir compte au mieux de la situation boursière et de l'évolution des intérêts, qui est extrêmement volatile actuellement, le premier réexamen du taux de l'intérêt minimal aura lieu en 2003.

394 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2003

(art. 2, 7, 8, 46 et 56 LPP; art. 7 OPP3, art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle de personnes au chômage)

Le 30 octobre 2002, le Conseil fédéral a approuvé *l'ordonnance 03 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle*, qui entrera en vigueur le 1er janvier 2003. Les montants-limites LPP servent notamment à déterminer la limite minimale de salaire pour l'assujettissement obligatoire, les limites inférieure et supérieure du salaire assuré (appelé dans la loi salaire coordonné) ainsi que le salaire coordonné minimum.

La LPP octroie au Conseil fédéral la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS pour garantir, de cette façon, la coordination entre le premier et le deuxième pilier. Etant donné que la rente AVS mensuelle passera de 1030 à 1'055 francs à partir du 1er janvier 2003, le Conseil fédéral a décidé qu'à cette même date, en ce qui concerne la LPP, les montants-limites suivants prendront effet:

Pour la prévoyance professionnelle obligatoire

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire annuel minimal (art. 2, 7 et 46 al. 1 LPP)	24 720 fr.	**25 320 fr.**
– Déduction de coordination (art. 8 al. 1 LPP)	24 720 fr.	**25 320 fr.**
– Limite supérieure du salaire annuel (art. 8 al. 1 LPP)	74 160 fr.	**75 960 fr.**
– Salaire coordonné maximal	49 440 fr.	**50 640 fr.**
– Salaire coordonné minimal (art. 8 al. 2 LPP)	3 090 fr.	**3 165 fr.**
– Salaire coordonné maximum donnant droit à une bonification complémentaire (art. 21 OPP2)	19 920 fr.	**20 400 fr.**

Pour calculer la bonification complémentaire de vieillesse unique de la génération d'entrée, l'OFAS publie, comme il l'a déjà fait les années précédentes, une table avec des exemples d'application pour l'année 2003. Cette publication pourra être obtenue auprès de OFCL, Diffusion publication, 3003 Berne, (www.bbl.admin.ch/f/bundespublikationen) dans le courant du mois de décembre 2002.

Pour la prévoyance liée du pilier 3a

L'OPP3 ne subit aucune modification formelle puisqu'elle se réfère, s'agissant du montant déductible, à un pourcentage du montant-limite supérieur fixé dans la LPP. La modification des valeurs de référence mentionnées ci-dessus a pour effet d'augmenter, comme il suit, les montants maximum des cotisations qui sont déductibles dans la prévoyance individuelle liée:

	montants actuels	**nouveaux montants**
– avec affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. a OPP3)	5 933 fr.	**6 077 fr.**
– sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier (art. 7 al. 1 let. b OPP3)	29 664 fr.	**30 384 fr.**

Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage

L'assurance chômage se base sur un régime d'indemnités journalières. Pour cette raison, les montants-limites prévus pour les chômeurs obligatoirement soumis au 2e pilier seront convertis en montants journaliers (art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionelle de personnes au chômage).

	montants actuels	**nouveaux montants**
– Salaire journalier minimal	94 fr. 90	**97 fr. 25**
– Salaire journalier maximal	284 fr. 80	**291 fr. 70**
– Salaire journalier assuré minimal	11 fr. 90	**12 fr. 15**
– Salaire journalier assuré maximal	189 fr. 90	**194 fr. 45**

Prestations assurées par le fonds de garantie

Le fonds de garantie assure également les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Mais cette garantie visée par la LPP couvre au plus les prestations calculées sur la base d'un salaire déterminant AVS qui ne doit toutefois pas dépasser une fois et demie la limite supérieure du salaire annuel fixée à 75 960 francs (art. 56 al. 1 let. c et al. 2 LPP).

	montant actuel	**nouveau montant**
– Limite du salaire maximal	111 240 fr.	**113 940 fr.**

395 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2003

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 2003, les rentes du régime obligatoire qui ont **été versées pour la première fois au cours de l'année 1999** doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation s'élève à ***2,6*** **pour cent.**

Les **adaptations subséquentes** s'effectuent au même moment que les adaptations des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants.

Toutes les rentes de survivants et d'invalidité qui ont été versées pour la première fois au cours de l'année 1998 et qui ont été adaptées pour la première et dernière fois au 1er janvier 2002 doivent être adaptées au 1er janvier 2003. Le taux d'adaptation est fixé à ***0,5*** **pour cent.**

Toutes les rentes de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance avant 1998 doivent aussi être adaptées au 1er janvier 2003 au renchérissement des deux dernières années. Les taux d'adaptation à appliquer sont différents selon les taux qui ont été effectivement appliqués lors de la dernière adaptation au 1er janvier 2001. En effet, les taux publiés en octobre 2000 se sont avérés par la suite erronés et ont du être rectifiés. Les rentes qui ont été adaptées sur la base des taux d'octobre 2000 ont été augmentées plus fortement que nécessaire. Par conséquent, les taux

d'adaptation au 1er janvier 2003 pour ces rentes doivent être revus à la baisse à titre de compensation. Les taux à appliquer au 1er janvier 2003 sont les suivants :

Année de la première rente	A titre de rappel		**Adaptation subséquente au 1er janvier 2003**
	Publication	Taux d'adaptation appliqués au 1er janvier 2001	
1985-1995	11 décembre 2000	2,7 %	***1,2 %***
1996	(FF 2000 5631)	1,4 %	***1,2 %***
1997		2,7 %	***1,2 %***
1985-1995	23 octobre 2000	3,5 %	***0,4 %***
1996	(FF 2000 4835)	2,3 %	***0,3 %***
1997		3,6 %	***0,3 %***

En ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité dont le montant dépasse le minimum légal prescrit, leur adaptation n'est pas obligatoire aussi longtemps que la rente totale est plus élevée que la rente LPP adaptée à l'évolution des prix.

Les rentes de vieillesse de la LPP doivent aussi être adaptées à l'évolution des prix si les possibilités financières de l'institution de prévoyance le permettent. L'organe paritaire de l'institution décide de l'adaptation de ces rentes au renchérissement.

Prise de position de l'OFAS

396 Taux d'intérêt minimal de 4 pour cent

Depuis les récents débats relatifs au taux d'intérêt et en attendant la diminution de celui-ci à 3,25 pour cent, différentes questions ont été posées en marge du problème de l'adaptation du taux. Parmi celles-ci, l'OFAS a eu connaissance de la pratique demandée par certaines institutions de prévoyance et appuyée - si ce n'est préconisée - par certains experts, avec semble-t-il l'accord de quelques autorités de surveillance. Il s'agit de la question d'une rémunération moyenne de l'avoir de vieillesse à 4 pour cent. Ainsi, dans les faits, si certaines institutions ont versé plus de 4 pour cent aux avoirs minimaux au cours des bonnes années boursières, peut-on, alors que les cours sont sensiblement descendus, verser moins de 4 pour cent, au motif que sur l'ensemble de la période considérée, le taux d'intérêt a au moins été de 4 pour cent. En d'autres termes, il y a lieu de verser ces dernières années un intérêt inférieur à 4 pour cent, voire un intérêt négatif pour « rattraper » les avances faites auparavant.

L'OFAS tient à rappeler que la loi prévoit que les avoirs de vieillesse sont rémunérés d'un intérêt **annuel d'au moins** 4 pour cent (art. 12 OPP2). Si l'institution réalise de meilleures performances boursières, elle est libre d'accorder un taux d'intérêt supérieur. Mais en aucun cas ne peut-elle, par suite de mauvaises conditions boursières, verser moins de 4 pour cent actuellement et jusqu'au 31 décembre 2002. Toute autre tentative de correction constitue non seulement une atteinte inadmissible aux droits acquis de la prévoyance, mais aussi une violation de la loi. D'autre part, elle violerait le principe d'égalité de traitement entre les assurés, en portant atteinte aux droits des assurés qui restent dans la caisse, car ceux qui ont quitté la caisse avant la correction, ont perçu une prestation de sortie créditée de l'intérêt calculé sans réduction, alors que les autres se verraient diminuer leur intérêt.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 66

du 15 janvier 2003

TABLE DES MATIERES

Indications

397 Modifications dans la prévoyance professionnelle suite à l'entrée en vigueur de la LPGA

398 Modification de l'OPP 2 concernant les rentes pour couples AVS/AI

399 Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

400 Droit international et art. 1er, al. 2, OPP 2

Prise de position de l'OFAS

401 Divorce et prévoyance professionnelle

Jurisprudence

402 Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a)CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage

403 La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?

404 Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective

Errata

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Indications

397 Modifications dans la prévoyance professionnelle suite à l'entrée en vigueur de la LPGA

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. La LPP n'est en principe pas soumise à la LPGA. Il y a cependant application ponctuelle de certaines dispositions de la LPGA.

Coordination et prise en charge provisoire des prestations

D'après l'art. 34a LPP, les dispositions sur le versement en cascade des prestations (art. 66 al. 2 LPGA) et sur la prise en charge provisoire des prestations (art. 70 et 71 LPGA) s'appliquent aussi à la prévoyance professionnelle.

Texte de loi *(version non officielle)*

LPP:

Art. 34 al. 2: abrogé

Art. 34*a* Coordination et prise en charge provisoire des prestations

[1] Le Conseil fédéral édicte des dispositions afin d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré ou à ses survivants.

[2] En cas de concours de prestations prévues par la présente loi avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 66, al. 2, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est applicable. Les prestations prévues par la présente loi ne peuvent pas être réduites lorsque l'assurance militaire verse des rentes au conjoint et aux orphelins et que leurs prestations de prévoyance sont insuffisantes au sens de l'art. 54 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire.

[3] Les art. 70 et 71 LPGA s'appliquent à la prise en charge provisoire des prestations.

LPGA:

Art. 66 Rentes et allocations pour impotents

[1] Sous réserve de surindemnisation, les rentes et les indemnités en capital des différentes assurances sociales sont cumulées.

[2] Les rentes et indemnités en capital sont, selon les dispositions de la loi spéciale concernée et dans l'ordre suivant, versées par:

a. l’AVS ou l’AI;

b. l’assurance militaire ou l’assurance-accidents;

c. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Art. 70 Prise en charge provisoire des prestations

[1] L’ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas lorsqu’un événement assuré lui donne droit à des prestations d’une assurance sociale mais qu’il y a doute sur le débiteur de ces prestations.

[2] Sont tenues de prendre provisoirement le cas à leur charge:

a. l’assurance-maladie, pour les prestations en nature et les indemnités journalières dont la prise en charge par l’assurance-maladie, l’assurance-accidents, l’assurance militaire ou l’AI est contestée;

b. l’assurance-chômage, pour les prestations dont la prise en charge par l’assurance-chômage, l’assurance-maladie, l’assurance-accidents ou l’AI est contestée;

c. l’assurance-accidents, pour les prestations dont la prise en charge par l’assurance-accidents ou l’assurance militaire est contestée;

d. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP, pour les rentes dont la prise en charge par l’assurance-accidents ou l’assurance militaire ou par la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP est contestée.

[3] L’ayant droit adresse sa demande aux institutions d’assurances sociales entrant en ligne de compte.

Art. 71 Remboursement

L’assureur tenu de prendre provisoirement le cas à sa charge alloue les prestations selon les dispositions régissant son activité. Lorsque le cas est pris en charge par un autre assureur, celui-ci lui rembourse ses avances dans la mesure où elles correspondent aux prestations qu’il aurait dû lui-même allouer.

OPP 2:

Art. 24-27: nouveaux renvois à l’art. 34a LPP.

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 11 septembre 2002

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] est modifiée comme suit:

Art. 24, titre médian et al. 3

Avantages injustifiés
(art. 34*a* LPP)

3 Les revenus de la veuve et des orphelins sont comptés ensemble.

Art. 25, titre médian

Coordination avec l'assurance-accidents et l'assurance-militaire
(art. 34*a* LPP)

Art. 26, titre médian

Droits contre le tiers responsable
(art. 34*a*, al. 1, LPP)

Art. 27, titre médian

Indemnités journalières de l'assurance-maladie en lieu et place du salaire
(art. 34*a*, al. 1, et 26, al. 2, LPP)

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2003.

11 septembre 2002 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

---

[1] RS **831.441.1**

Commentaire sur la modification de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1)

Modification de l'OPP 2

La législation sur la prévoyance professionnelle n'est en principe pas soumise à la LPGA. C'est pourquoi, à la différence de ce qui est le cas des autres lois sur les assurances sociales, on n'a pas introduit dans la LPP de nouvel art. 1 qui réglerait l'étendue du champ d'application de la LPGA dans la prévoyance professionnelle. Il existe néanmoins un lien entre la LPP et la LPGA en ce qui concerne la coordination avec les autres assurances sociales. C'est la raison pour laquelle une modification de la LPP figure dans l'annexe de la LPGA. La coordination avec les autres assurances sociales, inscrite actuellement à l'art. 34, al. 2, LPP, a été intégrée dans un nouvel art. 34a LPP, avec un renvoi explicite aux dispositions de la LPGA qui ont un lien avec la LPP.

Les titres des articles de l'OPP 2 renvoient systématiquement à la base légale. Du fait que la réglementation actuelle sur la coordination a été transférée de l'art. 34, al. 2, LPP à l'art. 34a LPP, il faut également modifier les renvois dans les titres des art. 24, 25, 26 et 27 OPP 2.

Par la même occasion, il y a lieu de corriger la version actuelle de l'alinéa 3 de cet article 24. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la 10ème révision de la LAVS, les rentes pour couples n'existent plus, chaque conjoint percevant une rente simple. La LPP n'avait pas encore été adaptée jusqu'à présent ; désormais, il y a abrogation de la première phrase de l'art. 24, alinéa 3, relative aux rentes pour couples. Il faut dorénavant prendre en compte le montant effectif de la rente versée à l'assuré, c'est-à-dire la rente plafonnée selon l'art. 35 LAVS. Si le montant effectif de cette rente (plafonnée) est sensiblement modifié, il faudra alors revoir le calcul de surindemnisation pour la prévoyance professionnelle. Cette nouvelle réglementation sur la prise en compte des rentes versées aux conjoints assurés concorde ainsi avec la réglementation de l'assurance-accidents (cf art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, OLAA).

Il y a lieu de préciser ici que l'obligation de prendre en charge provisoirement des prestations, conformément à l'art. 70 LPGA, concerne uniquement les prestations de l'assurance obligatoire.

Procédure d'assurance sociale

Les offices AI doivent notifier leurs décisions à l'institution de prévoyance professionnelle (IP) compétente (art. 49 al. 4 LPGA, art. 76 al. 1 RAI). L'IP peut attaquer la décision de l'AI dans la mesure où elle est touchée par cette décision et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci (art. 59 LPGA).

Texte de loi *(version non officielle)*

LPGA:

Art. 49, al. 4 Décision

[1] L'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord.

[2] Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation.

[3] Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé.

[4] L'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations est tenu de lui en communiquer un exemplaire. Cet autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré.

Art. 59 Qualité pour recourir

Quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.

RAI:

Art. 76, al. 1, let. i

1 La décision sera notifiée en particulier:

…

i. à l'institution de prévoyance professionnelle compétente si la décision concerne son obligation d'allouer des prestations conformément aux art. 66, al. 2, et 70 LPGA. Si la compétence de l'institution n'est pas établie, la décision sera notifiée à la dernière institution à laquelle la personne assurée était affiliée ou à l'institution à laquelle un droit à des prestations avait été annoncé.

Commentaire sur la modification du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI; RS 831.201)

Art. 76, al. 1, phrase introductive et let. b, e, h et i

La définition du cercle des destinataires d'une décision doit tenir compte de diverses dispositions nouvelles de la LPGA. En théorie, ce cercle est déterminé, d'une part, par les questions d'organisation de l'AVS et de l'AI et, de l'autre, par la qualité de partie définie par la LPGA (art. 34), par la qualité pour recourir (art. 59 LPGA) et par la disposition spéciale de l'art. 49, al. 4, LPGA. Toutefois, la pratique exige une concrétisation qui, sans pouvoir énumérer tous les destinataires dans chaque cas

particulier, serve de ligne directrice. En conséquence, la phrase introductive de l'al. 1 précise que la liste qui suit n'est pas exhaustive. Pour les règles contenues dans les let. b, e et h (dans leur teneur en vigueur jusqu'à présent), une adaptation rédactionnelle s'imposait à des fins d'harmonisation avec l'art. 49, al. 4, LPGA.

Cette même disposition de la LPGA, qui traite de manière générale des décisions qui touchent «l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations», requiert l'ajout d'une let. i nouvelle à l'al. 1 de l'art. 76 RAI. En effet, le lien entre l'AI et la prévoyance professionnelle nécessite que la décision soit également notifiée à l'institution de prévoyance concernée lorsque son obligation de verser des prestations est touchée. La LPGA ne concerne la prévoyance professionnelle que de manière très ponctuelle, à savoir au sujet des prestations en cascade (art. 66, al. 2, LPGA) et de la prise en charge provisoire (art. 70 LPGA). Même s'il n'appartient pas à l'AI, dans des cas peu clairs ou litigieux, d'engager une procédure pour déterminer quelle institution de prévoyance est effectivement touchée par sa décision, il y cependant lieu de préciser comment la notification sera effectuée dans les cas litigieux. Lorsque l'institution de prévoyance compétente pour un éventuel versement de la prestation n'a pas été identifiée, l'office AI est prié d'adresser une copie de sa décision à l'institution auprès de laquelle l'intéressé était assuré en dernier lieu ou à l'institution auprès de laquelle il a fait valoir ses prétentions (directives concernant les rentes (DR) de l'assurance vieillesse, survivants et invalidité fédérale, ch. 9320 ; à voir prochainement sous l'adresse électronique suivante : www.bsv-vollzug.ch, AVS, données de base AVS).

398 Modification de l'OPP 2 concernant les rentes pour couples AVS/AI

A l'art. 24, al. 3, OPP2, la première phrase concernant les rentes pour couples de l'AVS/AI a été abrogée en raison de la 10ème révision de l'AVS.

Texte de la loi et commentaire : voir chiffre 397

399 Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Catégories en francs ou en pour-cent	2001	2002		2003	
Age de retraite LPP :	62/65	62/65	63 pour les femmes	62/65	63 pour les femmes
1. Rente de vieillesse de l'AVS					
minimale	12'360	12'360		12'660	
maximale	24'720	24'720		25'320	
2. Salaire					
Déduction de coordination (valeur-seuil)	24'720	24'720		25'320	
Salaire annuel AVS maximal formateur de rente	74'160	74'160		75'960	
Salaire coordonné minimal	3'090	3'090		3'165	
Salaire coordonné maximal	49'440	49'440		50'640	
3. Avoir de vieillesse (AV)					
Taux minimal LPP	4%	4%		3,25%	
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans pour les femmes	10'010	10'859	10'966	11'658	11'782
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans avec les BCU (cf. 4.)	20'020	21'718	21'932	23'316	23'564
en % du salaire coordonné	647,9	702,9	709,8	736,7	744,5
AV max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	160'106	173'634	175'409	186'410	188'392
en % du salaire coordonné	323,8	351,2	354,8	368,1	372,0
4. Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée (BCU)					
Limite inf. du salaire pour les bonifications compl. uniques	9'960	9'960		10'200	
– Montant min. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	32'298	35'034	35'382	37'614	38'010
Limite sup. du salaire pour les bonifications compl. uniques	19'920	19'920		20'400	
– Montant max. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	64'596	70'068	70'764	75'228	76'020
5. Rentes de vieillesse et expectatives de survivants					
Taux de conversion de la rente à l'âge de 62/65 ans	7,2%	7,2%		7,2%	
Rente annuelle min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	1'441	1'564	1'579*	1'679	1'697*
- en % du salaire coordonné	46,6	50,6	51,1	53,0	53,06
Rente min. expectative de veuve	865	938		1'007	
Rente min. expectative d'orphelin	288	313		336	
Rente annuelle max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	11'528	12'502	12'629*	13'422	13'564*
- en % du salaire coordonné	23,3	25,3	25,6	26,5	26,79
Rente max. expectative de veuve	6'917	7'501		8'053	
Rente max. expectative d'orphelin	2'306	2'500		2'684	
6. Versement en espèces des prestations					
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	17'100	17'100		17'500	
7. Adaptation au renchérissement					
pour la première fois après une durée de 3 ans	2,7%	3,4%		2,6%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	2,7%	*		1,2%	
après une durée supplémentaire de 1 an	1,4%	*		0,5%	
8. Cotisations au Fonds de garantie					
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,05%	0,05%		0,06%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,03%	0,03%		0,04%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	111'240	111'240		113'940	
9. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage					
Salaire journalier minimal	94,90	94,90		97,25	
Salaire journalier maximal	284,80	284,80		291,70	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	11,90	11,90		12,15	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	189,90	189,90		194,45	
10. Montant-limite non imposable du pilier 3a					
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	5'933	5'933		6'077	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	29'664	29'664		30'384	

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Les données pour les années antérieures soit de 1985 à 2000 peuvent être obtenues auprès de l'auteur (par e-mail : marie-claude.sommer@bsv.admin.ch ou par tél au 031/322.90.52)

Explication des chiffres repères :	**art.**
1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS 34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à la déduction de coordination sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit leur 17ème anniversaire et pour la vieillesse dès le 1er janvier qui suit leur 24ème anniversaire. La déduction de coordination correspond à la rente AVS maximale. Le salaire coordonné minimal correspond à 1/8 de la déduction de coordination.	2, 7, 8 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 2 LPP
3. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'appartenance à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3.25% en 2003). Dès 2002, la première valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 62 ans resp. des hommes qui atteignent 65 ans (âges de retraite légale dans la LPP). La deuxième valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 63 ans, âge possible de retraite dès le 1.01.2001 (Loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la PP du 23.03.01).	15 LPP 12 OPP2 21 al. 1 OPP2 13 al. 1 LPP
4. Selon l'article 11, 2e alinéa des dispositions transitoires complétant la Constitution fédérale, le législateur est tenu de prévoir des mesures particulières pour la génération d'entrée de la prévoyance professionnelle (personnes qui ont plus de 25 ans et qui n'ont pas atteint l'âge de la retraite au 1.1.85). On peut se référer à la brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée" qui paraît chaque année.	31, 32, 33 LPP 21 al. 2 OPP2 Brochure BCU 21 al. 1 OPP2 Brochure BCU
5. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal, compte tenu des bonifications complémentaires uniques. Rente de vieillesse LPP maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours maximal (* valeur inférieure qui doit être dépassée puisque le taux de conversion doit être adapté en conséquence selon l'art. 13 al. 2 LPP pour les femmes qui poursuivent leur activité lucrative jusqu'à 63 ans). Au décès d'un pensionné, la rente de veuve s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque pour les femmes continuent d'être calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite de 62 ans.	14 LPP 17 OPP2 14 LPP 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP 14 LPP 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP
6. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve et à 2 % pour la rente d'orphelin.	37 al. 2 LPP
7. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 62 ans pour les femmes resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 LPP
8. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables.	14, 18 OFG 15 OFG 16 OFG 56 al. 1c, 2 LPP
9. Les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al. 1bis LPP
10. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

400 Droit international et art. 1er, al. 2, OPP 2

Les personnes qui sont soumises à la législation suisse de sécurité sociale en vertu des accords bilatéraux[1] et du droit européen auquel renvoient lesdits accords[2] ne peuvent pas être exemptées de l'affiliation à la prévoyance professionnelle sur la base de l'art. 1er, al. 2, OPP 2.

Le principe de l'affiliation au lieu de travail, consacré à l'art. 13 du Règlement 1408/71, vise principalement deux objectifs :

- Eviter les doubles assujettissements ;
- Eviter les non-assujettissements.

Lorsqu'une personne est soumise à la législation suisse de sécurité sociale en vertu du titre II (art. 13 ss) du règlement 1408/71, cela signifie qu'elle n'est plus soumise à titre obligatoire au droit d'un autre Etat de l'Union européenne ou de l'AELE. Par conséquent, la prévoyance étrangère ne peut, dans ce cas, être que facultative, volontaire. Or, une telle prévoyance ne saurait être considérée comme suffisante au sens de l'art. 1er, al. 2, OPP 2. Le danger est en effet trop grand qu'après avoir été exemptée de l'affiliation au deuxième pilier suisse, la personne concernée résilie la prévoyance étrangère qui avait fondé son exemption. On se trouverait ainsi dans une situation de non-assujettissement, ce qui reviendrait à vider d'une partie essentielle de leur substance les principes de l'affiliation au lieu de travail et de l'unicité de la législation applicable contenus à l'art. 13 du Règlement 1408/71.

Quant aux conventions de sécurité sociale conclues avec des *Etats tiers*, c.-à-d. avec des Etats autres que ceux de l'Union européenne ou de l'AELE, elles ne s'appliquent pas à la prévoyance professionnelle, de sorte que contrairement à ce qui est le cas du droit européen, elles ne font pas obstacle à l'application de l'art. 1, al. 2, OPP 2.

---

[1] - Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final) (RO 2002 1529 ; RS 0.142.112.681) ;

- Accord amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (FF 2001 4792 ; http://www.bk.admin.ch/ch/f/ff/2001/4792.pdf).

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

Prise de position de l'OFAS

401 Divorce et prévoyance professionnelle

1. Retraite anticipée

Suite à l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin n° 64), l'OFAS est amené à préciser la position exprimée dans le bulletin n° 63 dans le sens suivant : le cas de prévoyance vieillesse (qui exclut le paiement de la prestation de sortie conformément à l'art. 2 al. 1, LFLP) n'est pas automatiquement réalisé lorsque l'assuré a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite anticipée. Le cas de prévoyance vieillesse ne survient que lorsque l'assuré a fait effectivement usage de son droit à la retraite anticipée conformément aux dispositions réglementaires. Si l'assuré n'exerce pas son droit à la retraite anticipée, il a toujours droit à une prestation de sortie dans le cas où les rapports de travail seraient résiliés. Encore faut-il, selon cette nouvelle jurisprudence, que l'assuré ait effectivement la possibilité de choisir de prendre ou non une retraite anticipée. Tel sera, par exemple, le cas lorsque le règlement de l'institution de prévoyance stipule expressément que l'assuré peut prendre une retraite anticipée à partir de 60 ans. L'assuré aura alors le choix entre la prestation de vieillesse anticipée ou la prestation de sortie. Le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte de savoir si la précédente jurisprudence, selon laquelle il n'y a pas de prestation de sortie dans les autres cas, est maintenue.

En résumé, si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra, en cas de divorce, procéder au partage conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a pas encore eu survenance d'un cas de prévoyance. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge du divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

(Après la rédaction de la présente prise de position, le TFA a rendu un jugement allant dans le même sens que l'arrêt susmentionné : arrêt du 2.12.2002, B 81/01, publié sur le site internet du TF, arrêts dès 2000 nouveautés, décisions du 27.12.2002 : http://www.bger.ch/fr/juridiction-recht).

2. Invalidité

Dans les trois cas suivants, le juge devra fixer une **indemnité équitable** conformément à l'art. 124 CC (au lieu du partage des prestations de sortie selon l'art. 122 CC), car il y a survenance d'un cas de prévoyance pour l'un des époux :

a. un des conjoints n'est pas assuré à la LPP et devient invalide (totalement ou partiellement) ;
b. les deux conjoints sont invalides (totalement ou partiellement) et l'un au moins est assuré à la LPP ;
c. les deux conjoints sont assurés à la LPP et l'un des deux devient invalide (totalement ou partiellement).

Il peut également arriver que le cas d'invalidité survienne **en cours de procédure** :

a. Durant la procédure avec accord entre les conjoints :
Si les conjoints apprennent un cas d'invalidité pendant la période de réflexion de 2 mois de l'art. 111 al. 2 CC, ils devront alors soit établir une nouvelle convention, soit présenter des nouvelles conclusions en vue de l'application de l'art. 124 CC. Si le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force du jugement de divorce mais que les époux en ont connaissance seulement après l'entrée en force du jugement, ils peuvent soit demander la révision de la convention de divorce entrée en force (art. 148 al. 2 CC), soit intenter un recours ordinaire contre le jugement de divorce sur requête commune (art. 149 CC) pour vices du consentement. Par contre, le jugement de divorce ne pourra plus être révisé si le cas de prévoyance survient après l'entrée en force de celui-ci.

b. Durant la procédure devant le juge du divorce, en l'absence d'accord entre les conjoints :
Lorsqu'un des époux annonce un cas d'invalidité et que l'institution de prévoyance s'est déjà prononcée, le juge du divorce doit renoncer au partage des prestations de sortie (art. 122 CC) et fixer une indemnité équitable (art. 124 CC). Par contre, si l'institution de prévoyance ne s'est pas encore prononcée sur le cas d'invalidité, il serait opportun que le juge du divorce suspende temporairement l'instruction du divorce sur cette question avant de décider de faire application de l'art. 122 CC ou de l'art. 124 CC.

c. Durant la procédure devant le juge des assurances :
Lorsque le cas de prévoyance survient ou est annoncé par l'un des conjoints en cours de procédure devant le juge des assurances, celui-ci doit refuser d'exécuter le partage des prestations de sortie et renvoyer la cause devant le juge du divorce pour qu'il statue d'office sur l'application de l'art. 124 CC en procédant soit à la *révision* du jugement de divorce si le cas de prévoyance est survenu avant le transfert de la cause au juge des assurances, soit à la *modification* de ce même jugement si le cas de prévoyance est survenu au cours de la procédure devant le juge des assurances.

d. Survenance du cas d'invalidité après l'entrée en force du jugement de partage consécutif au divorce :
Il peut arriver que les ex-conjoints apprennent – après l'entrée en force du partage – qu'un cas de prévoyance est déjà survenu antérieurement. Dans ce cas, les ex-époux peuvent demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce et conclure à l'octroi d'une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Il serait aussi envisageable que les ex-conjoints apprennent – après l'exécution du partage qu'un cas de prévoyance est survenu pour l'un des ex-conjoints avant l'entrée en force du jugement de partage, alors que celui devrait en principe partager sa prestation de sortie en vertu de ce même jugement. Cependant, si l'ex-conjoint invalide devait transférer une partie de sa prestation de sortie, il subirait une réduction de ses prestations d'invalidité. C'est pourquoi, la part de la prestation de sortie qui a déjà été transférée doit, dans ce cas, être restituée à l'institution de prévoyance de l'ex-époux invalide. Comme l'autre ex-conjoint (valide) sera

défavorisé par cette restitution, il pourra demander soit la *révision*, soit la *modification* du jugement de divorce pour demander l'octroi d'une indemnité équitable.

Par contre, il ne sera pas possible de modifier le jugement de divorce si le cas de prévoyance se produit après l'entrée en force du jugement de partage, même si l'exécution du partage n'a pas encore eu lieu.

e. Admission de l'invalidité avec effet rétroactif :

Il peut arriver qu'une institution de prévoyance admette que le cas de prévoyance est survenu avant l'entrée en force du jugement de divorce ou du jugement du tribunal des assurances. Par exemple, un jugement du tribunal cantonal des assurances condamne l'institution de prévoyance de Monsieur X à transférer une partie de la prestation de sortie dans l'institution de prévoyance de Madame X. Ce jugement est entré en force le 1er septembre 2002. Or, en date du 1er décembre 2002, l'institution de Monsieur X a reconnu l'invalidité de celui-ci à partir du 1er juillet 2001. Dans ce cas, les conjoints peuvent demander soit la *révision* du jugement de divorce si l'invalidité a débuté avant le transfert de la cause au juge des assurances, soit la *modification* de ce même jugement si l'invalidité a commencé au cours de la procédure devant le juge des assurances. Dans ce genre de situation, il faut en effet accorder une indemnité équitable en lieu et place du partage des prestations de sortie.

Jurisprudence

402 Le transfert d'une entreprise au sens de l'art. 333 (a)CO n'implique pas une dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner un cas de libre passage

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.11.02 en la cause S.C., B 24/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 27al. 2 et 29 LPP anciens ; art. 333 [a]CO)

Le TFA a été confronté à la question de savoir si dans le cadre d'une reprise d'une entreprise par une autre, l'on se trouve dans un cas de libre passage à l'égard du salarié concerné par ce transfert. Le TFA a considéré en premier lieu qu'aux termes de l'art. 333 CO que ce soit sous l'empire de l'ancien droit ou du nouveau droit, le nouvel employeur, par le transfert des rapports de travail, reprend l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat de travail depuis son origine. La jurisprudence a par ailleurs précisé qu'il n'y a transfert au sens de l'art. 333 CO que si l'entreprise reste identique avant et après l'opération. En l'espèce, il n'a pas été contesté que les gestionnaires successifs de l'entreprise cédée ont repris l'exploitation dans sa totalité ainsi que les rapports de travail du personnel, dont ceux du recourant. Il n'y a donc pas eu de dissolution des rapports de travail susceptible d'entraîner la survenance d'un cas de libre passage.

A partir des considérations ci-devant, il y a lieu de constater que le transfert des employés de la société B et la réaffiliation de ces derniers à la nouvelle institution de prévoyance P ont entraîné la résiliation par le nouvel employeur de l'ancien contrat d'affiliation. Dans une pareille situation, l'OFAS a édicté à l'intention des institutions de prévoyance des «instructions concernant l'examen de la résiliation des contrats d'affiliation et de la réaffiliation de l'employeur» (cf. RSAS 1993, p. 361ss). Elles définissent les exigences minimales à respecter, notamment en matière d'information, de respect des droits acquis, de répartition des fonds libres et de tâches de l'organe de contrôle.

Dès lors, la règle du maintien des droits acquis concrétisés dans ces instructions implique nécessairement, pour chaque assuré, que les montants transférés par l'ancienne institution de prévoyance soient pris en compte par la nouvelle institution de prévoyance dans le calcul de ses prestations. Peu importe en l'occurrence que le montant (avoir de veilliesse acquis auprès de l'ancienne caisse) n'ait pas été versé immédiatement à la nouvelle institution de prévoyance.

L'assuré a par conséquent droit à une rente d'invalidité LPP calculé sur l'avoir de vieillesse total découlant de la LPP, comme s'il n'avait pas changé d'institution de prévoyance.

403 La demande de restitution de prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire versées à tort par une institution de prévoyance relève-t-elle de l'art. 47 LAVS ou convient-il d'appliquer les règles du CO ?

(Référence à l'arrêt du TFA du 24.09.2002 en la cause fondation de prévoyance V., B 32/01 ; arrêt en langue française)

(Art. 62 à 67 CO ; art. 49 al. 2 LPP; art. 47 LAVS)

Selon la jurisprudence constante, l'obligation de restituer l'indu se fonde en premier lieu sur les dispositions spéciales qui la prévoient, et, à défaut, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 à 67 CO. La LPP, qui se rapporte pour l'essentiel de ses dispositions à la prévoyance obligatoire (art. 49 al. 2 LPP), ne renferme pas de norme relative à la restitution de prestations payées à tort par une institution de prévoyance.

A défaut de norme réglementaire, la demande de restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort par une institution de prévoyance se fonde sur les art. 62 ss CO. En revanche, dans la prévoyance obligatoire, la question de savoir s'il y lieu d'appliquer l'art. 47 LAVS, considéré comme l'expression d'un principe de portée générale ou s'il convient d'appliquer également le CO a été laissée jusqu'à présent ouverte.

Dans son jugement, le TFA relève que l'application de l'art. 47 LAVS ou des art. 63 ss CO n'est pas indifférent quant au sort des prétentions. Outre la base du remboursement de la prestation obligatoire, les deux systèmes divergent sur

l'étendue de la restitution (cf. art. 64 CO en relation avec les art. 47 LAVS et 79 RAVS).

L'art. 47 LAVS, comme fondement de l'obligation de restituer des prestations versées à tort, s'applique dans la plupart des branches du droit des assurances sociales. Néanmoins, la transposition de l'art. 47 LAVS dans la prévoyance professionnelle obligatoire ne va pas de soi, car son application suppose entre le créancier et le débiteur un rapport d'autorité, inconnue de la LPP. En outre, un traitement identique de la même problématique dans la prévoyance obligatoire et dans la prévoyance plus étendue apparaît souhaitable. Une différence de traitement dans le remboursement des prestations versées à tort, selon qu'elles ressortissent à la première ou à la seconde, n'apparaît pas justifiée par une raison objective, sauf à considérer que l'art. 47 LAVS est un principe général dont l'application ne souffre aucune exception dans le domaine des assurances sociales. Et à cet égard, l'art. 25 LPGA qui reprend la teneur de l'art. 47 LAVS ne trouve pas application dans la prévoyance professionnelle.

En définitif, tous ces arguments plaident pour l'application dans la prévoyance obligatoire des règles dégagées par le TFA relatives à la restitution de prestations de la prévoyance plus étendue versées à tort et, par conséquent, de l'application des règles du CO.

404 Détermination du salaire coordonné pour le calcul de la rente d'invalidité LPP alors que les rapports de travail ont duré moins d'une année et que les conditions d'engagement ont été fondamentalement modifiées. Absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant et application de la convention collective

(Référence à l'arrêt du TFA du 20.9.2002 en la cause B., B 29/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 7, 2^{e} al., 8, 24, 3e al. et 34,1er al. let. a, LPP; art. 3 et 18 OPP2)

Dans le cas qui occupait le TFA, le travailleur au moment de la survenance de l'incapacité de travail n'était plus au bénéfice des mêmes conditions de travail. Son nouvel engagement portait non seulement sur le degré d'occupation (qui passait d'un horaire de travail de l'ordre du mi-temps à un horaire à plein temps), mais aussi sur la nature des conditions du contrat de travail. Son activité avait de surcroît un caractère durable et l'horaire de travail n'était pas sujet à de sensibles variations. En pareille situation, il y a lieu d'adapter le salaire coordonné et de déroger ainsi à la règle selon laquelle le salaire assuré est calculé au début de l'année et demeure inchangé pour toute l'année civile. Cette adaptation se justifie notamment par le fait que le salaire déterminant doit en principe correspondre au salaire déterminant selon la LAVS. Il importe également que lorsque les conditions d'engagement changent que l'assurance pour les risques d'invalidité et de décès déploie pleinement ses effets dès la modification des rapports de travail, conformément au principe légal selon lequel l'assurance prend effet le jour où le salarié commence le travail (art. 10 al. 1 LPP et art. 6 OPP2).

Ces principes sont donc également applicables lorsque le travailleur commence son activité en cours d'année et qu'il y a lieu de calculer le salaire coordonné sur la base du revenu déterminant annuel pour établir le montant de la rente d'invalidité LPP. En l'absence d'éléments probants pour le calcul du revenu déterminant, il convient d'établir de manière forfaitaire le montant mensuel présumé au début de l'engagement à plein temps de l'assuré. Pour fixer ce montant, on peut se référer à la convention collective régissant la profession, en l'occurrence, dans le cas d'espèce, à la convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse.

ERRATA

Lors du premier envoi du Bulletin n° 65 du 31 octobre 2002 (ch. 394 p. 9), il était indiqué par erreur un nouveau montant de 20 440 fr. pour le « salaire coordonné maximum donnant droit à une bonification complémentaire (art. 21 OPP 2) ». Le montant correct est de **20 400 fr**. Les exemplaires de ce bulletin qui ont été commandés ultérieurement ont déjà été corrigés.

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 67

du 2 mai 2003

EDITION SPECIALE

405 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

L'OFAS examine chaque année, aux termes de l' article 44a OPP 2, la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. L'Office fédéral des assurances privées participe à ce rapport en tant qu'il fournit des données sur la situation des assureurs-vie. Le rapport est une base importante pour l'examen du taux d'intérêt minimal et livre des indications sur le degré de couverture des caisses de pension.

L'OFAS conduira, comme l'année passée, une enquête auprès des autorités de surveillance qui ne portera que sur la situation des institutions de prévoyance concernées par un découvert.

Afin d'élargir le champ des informations, l'OFAS met à profit comme l'année dernière les résultats d'une autre enquête. Il s'agit du « Risk Check Up » réalisé annuellement par la société AWP en collaboration avec Complementa Investment Controlling SA. Cette analyse fondée sur un relevé et des calculs standardisés permet d'évaluer la capacité de risque des institutions de prévoyance qui y participent. Les actifs et passifs sont analysés au 31.12.2002 et l'examen porte sur l'adéquation entre la structure de la fortune, respectivement le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles. L'enquête sera en outre étendue à diverses indications relatives au taux minimal LPP et à son adéquation à la situation actuelle.

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 91 51, Fax 031 324 06 83
Internet: http://www.bsv.admin.ch

L’enquête sera d’autant plus représentative que les institutions de prévoyance participantes seront nombreuses. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration, afin que l’échantillon soit aussi étendu que possible.

Nous voudrions également remercier toutes les institutions de prévoyance qui ont déjà participé à cette enquête l’année passée. Nous souhaitons pour cette année une participation encore plus large, afin de pouvoir mieux analyser la situation dans cet environnement défavorable.

Nous vous recommandons par conséquent de faire acte de participation en complétant et en retournant le questionnaire remis en annexe à l’adresse indiquée. Il est aussi dans votre propre intérêt de donner la possibilité au Conseil fédéral et au Parlement d’obtenir une vue d’ensemble fiable sur la situation actuelle.

L’évaluation des résultats globaux est adressée à tous les participants.

Les institutions participantes ont par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur situation propre. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par la société AWP.

Le questionnaire AWP remis en annexe permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

BSV / OFAS / UFAS

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 68

du 10 juin 2003

EDITION SPECIALE

406 Mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle

- Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 21.05.2003 *(version non officielle)*

- Commentaires des modifications de l'OPP 2 et de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)

- Modification de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) du 21.05.2003 :
  Questions relatives à l'application pratique en cas de découvert d'une institution de prévoyance

- Directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle *(version non officielle)*

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

BSV, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Tel. 031 322 90 37, Fax 031 324 15 88
Internet: http://www.bsv.admin.ch

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 21 mai 2003

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] (OPP 2) est modifiée comme suit:

Art. 44 Découvert
(Art. 65 LPP)

1 Un découvert existe lorsqu'à la date de référence du bilan le capital actuariel de prévoyance nécessaire calculé par l'expert en prévoyance professionnelle selon des principes reconnus n'est pas couvert par la fortune de prévoyance disponible. Les détails concernant le calcul du découvert figurent dans l'annexe.

2 L'institution de prévoyance doit résorber elle-même le découvert. Le fonds de garantie n'intervient que lorsqu'elle est insolvable.

3 L'institution de prévoyance doit :

a. informer l'autorité de surveillance de l'existence d'un découvert. L'annonce doit être faite au plus tard lorsque le découvert est constaté sur la base des comptes annuels;

b. indiquer à l'autorité de surveillance les mesures prises afin de résorber le découvert et le délai dans lequel elle prévoit que le découvert pourra être résorbé;

c. renseigner régulièrement l'autorité de surveillance sur l'application du concept de mesures et sur l'efficacité des mesures appliquées.

4 Elle doit en outre informer de manière appropriée les assurés et les bénéficiaires de rentes sur le découvert et les mesures prises pour y remédier.

5 Les mesures doivent être adaptées au degré du découvert.

II

La présente ordonnance est complétée par une nouvelle annexe ci-jointe.

III

Modification du droit en vigueur

L'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)[2] est modifiée comme suit:

Art. 6, al. 1, 5 et 6

1 L'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé au plus tard six mois après que la personne assurée a fait valoir son droit. En cas de découvert, l'institution de prévoyance peut porter ce délai à 12 mois.

5 En cas de découvert, l'institution de prévoyance peut différer le paiement au-delà de 12 mois à compter de la date à laquelle la personne assurée a fait valoir son droit pour autant que les conditions suivantes soient remplies:

a. le découvert est important ;

b. le versement anticipé est utilisé pour rembourser des prêts hypothécaires ;

---

[1] RS **831.441.1**
[2] RS **831.411**

c. l'institution de prévoyance remplit ses obligations en matière d'information conformément à l'art. 44, al. 3 et 4 OPP 2; elle doit en particulier informer les assurés et l'autorité de surveillance sur la durée d'application de cette mesure.

6 La possibilité de différer le paiement en cas de découvert selon les al. 1 et 5 ne s'applique qu'aux demandes présentées postérieurement à l'entrée en vigueur de la modification.

IV

La présente modification du 21 mai 2003 de l'OPP 2[3] entre en vigueur le 1er juillet 2003.

[3] RS **831.441.1**

Annexe
(Art. 44, al. 1)

Calcul du découvert de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 44, al. 1 de l'ordonnance

1 Le degré de couverture de l'institution de prévoyance est défini comme suit:

$$\frac{Fp \times 100}{Cp} = \text{degré de couverture en pour-cent}$$

Où Fp est égal à:	l'ensemble des actifs à la date du bilan et à la valeur du marché, diminués des engagements, des passifs de régularisation et des réserves de cotisations de l'employeur. La fortune de prévoyance effective est déterminante, ainsi qu'il ressort de la situation financière réelle conformément à l'art. 47, al. 2. Les réserves de fluctuations de valeur doivent être ajoutées à la fortune de prévoyance disponible.
Où Cp est égal au:	capital de prévoyance actuariel nécessaire à la date du bilan (capital d'épargne et capital de couverture), y compris les renforcements nécessaires (p. ex. au titre de l'augmentation de l'espérance de vie).

2 Si le degré de couverture calculé ainsi est inférieur à 100%, il existe un découvert au sens de l'art. 44, al. 1.

Commentaires des modifications de l'OPP 2 et de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)

1. Modification de l'article 44 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2): découvert

L'alinéa 1 définit dans la première phrase la notion de découvert dans une institution de prévoyance. Ni la loi, ni l'ordonnance en vigueur jusqu'ici ne comportent de données correspondantes ; dans la pratique, les notions de découvert diffèrent. Un élément important de cette définition réside dans le fait qu'un découvert, et avec lui les obligations qui en découlent, n'apparaissent pas déjà lorsque les réserves de fluctuations de valeurs s'avèrent insuffisantes, mais seulement après que ces dernières aient été dissoutes. Il n'existe pas de règles contraignantes en ce qui concerne la hauteur de référence des réserves de fluctuations et celles-ci se modifient constamment en fonction de l'évolution des cours et de l'allocation de la fortune. La préférence est par conséquent donnée à une réglementation claire en ce qui concerne le moment auquel naît l'obligation d'annoncer et à partir duquel il y a lieu de prendre des mesures.

La définition du découvert ne libère pas l'institution de prévoyance de l'obligation d'examiner sa stratégie de placements lorsque les réserves de fluctuations sont insuffisantes et de remédier à une capacité de risque insuffisante (art. 50, al. 2 OPP 2). Cette tâche incombe à l'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance, respectivement à la commission paritaire de prévoyance professionnelle du personnel dans le cas des institutions affiliées à des fondations collectives (qui ne sont pas au bénéfice de contrats d'assurance couvrant l'ensemble des risques).

Le degré de couverture est de 100 pour-cent lorsque le capital de prévoyance nécessaire (passifs) est couvert à la date du bilan par la fortune de prévoyance (actifs). Un découvert existe lorsque le degré de couverture est inférieur à la valeur-limite de 100 pour-cent après dissolution des réserves de fluctuations. Une formule permettant de calculer le découvert est introduite dans une nouvelle annexe à l'OPP 2 à laquelle l'alinéa 1 fait référence. Le capital de prévoyance nécessaire comprend, selon les différents plans de prévoyance, les capitaux individuels d'épargne et de couverture qui garantissent les droits acquis des assurés et les prestations versées aux bénéficiaires de rentes, de même que les réserves techniques nécessaires telles que les réserves pour le risque de longévité ou les réserves pour des adaptations futures des rentes. La fortune de prévoyance disponible comprend les actifs inscrits au bilan à leur valeur du marché, respectivement à leur valeur d'aliénation, diminués des engagements tels que les passifs de régularisation et les réserves de cotisations de l'employeur. Les réserves de fluctuations de valeur doivent être ajoutées à la fortune de prévoyance disponible.

L'alinéa 2 correspond à la réglementation de l'article 44, alinéa 1 en vigueur jusqu'ici. La modification rédactionnelle ne concerne que la version allemande.

L'alinéa 3 concerne l'obligation d'annoncer aux autorités de surveillance qui incombe aux institutions de prévoyance en découvert. La réglementation est pour l'essentiel identique à celle de l'article 44, alinéa 2 en vigueur jusqu'ici. Elle présente toutefois une structure différente et elle est assortie de compléments. L'ultime délai dans lequel l'annonce aux autorités de surveillance doit intervenir est désormais mentionné expressément : l'annonce doit intervenir comme jusqu'ici au plus tard lorsqu'un découvert est mis en évidence par les comptes annuels (cf. al. 3, let. a). L'annonce d'un découvert doit également inclure comme actuellement l'indication des mesures prises. L'élément nouveau réside dans l'exigence faite aux institutions de prévoyance d'indiquer par écrit dans quel délai elles prévoient que le découvert pourra être résorbé (let. b). Les organes responsables des institutions de prévoyance sont ainsi tenus de se prononcer sur les mesures prises et sur leur efficacité prévue en matière de délai. Afin d'éviter d'inutiles conséquences négatives au plan économique, les mesures doivent être structurées de manière à tenir compte de la proportionnalité (cf. commentaire de l'al. 5) et à permettre de résorber le découvert dans un délai raisonnable. Les mesures doivent en outre être intégrées dans un concept d'ensemble. Leur application et leur efficacité doivent faire l'objet d'un suivi qui donne lieu à une information spontanée et à intervalles appropriés aux autorités de surveillance (let. c).

L'alinéa 4 définit les éléments d'information qui sont requis au titre des obligations générales d'information. Compte tenu de l'importance que peut avoir un découvert pour les destinataires (assurés, bénéficiaires de rentes), l'obligation d'informer est reprise expressément dans le texte de l'ordonnance. Les institutions de prévoyance doivent donner une information appropriée aux destinataires, notamment en ce qui concerne le degré du découvert, la nature des mesures prises et la durée de leur application. Les modalités et la périodicité de l'information ressortissent au domaine de compétences des institutions de prévoyance. La périodicité doit toutefois être adaptée à l'importance du découvert et aux mesures prises.

La fixation des mesures est du domaine de la compétence propre des institutions de prévoyance. L'ordonnance ne vise pas à restreindre les institutions de prévoyance dans l'accomplissement de leur tâche consistant à structurer leur mode de financement de manière à pouvoir faire face à leurs engagements (cf. art. 49, 1er al. LPP). **L'alinéa 5** dispose néanmoins que les mesures doivent être adaptées au degré du découvert. Cette norme qualitative est fondée sur l'exigence générale de respect de la proportionnalité ; elle apparaît distinctement en raison de son importance. Un découvert limité, qui peut présenter un caractère provisoire au plan de sa durée, appelle des mesures moins incisives qu'un découvert important. L'introduction de cotisations supplémentaires ou la réduction de prestations futures, respectivement l'ampleur et la durée de telles mesures, exigent des précautions. Il peut en outre être approprié aux circonstances que les destinataires et/ou employeurs qui ont bénéficié antérieurement de prestations supplémentaires supportent dans la mesure du possible la charge des mesures appliquées. L'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance assume avec l'expert en prévoyance professionnelle la responsabilité de prendre les mesures appropriées selon le degré du découvert. En règle générale, il y a lieu de considérer qu'un découvert est important lorsque la lacune de couverture excède 10 pour-cent. L'expert en prévoyance professionnelle doit se prononcer sur cette valeur-limite. Selon la situation propre à chaque institution de prévoyance, il est possible qu'un découvert doive être déjà considéré comme important avant que le seuil précité ne soit atteint. Le Conseil fédéral se prononce sur ce point dans le cadre des directives émises à l'attention des autorités de surveillance (voir directives).

Annexe à l'article 44, alinéa 1
L'alinéa 1 fait référence à la formule qui figure dans l'annexe à l'ordonnance et qui permet de calculer le degré de couverture. Un découvert au sens de l'alinéa 1 existe lorsque le degré de couverture calculé selon cette formule est inférieur à 100 pour-cent (cf. commentaire de l'alinéa 1). Un degré de couverture de 99 pour-cent indique ainsi déjà une insuffisance de couverture qui déclenche l'obligation d'annonce.

La formule introduite apporte pour la première fois une définition du degré de couverture des institutions de prévoyance applicable de manière harmonisée et juridiquement contraignante à l'échelle nationale. Jusqu'ici, des méthodes de calcul différentes selon les cantons étaient appliquées pour déterminer le degré de couverture. S'il existe des réglementations différentes de cette formule à l'échelle des cantons, elles devront être adaptées au droit fédéral.

2. Modification de l'article 6 de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle

L'alinéa 1 pose dans sa première phrase le principe selon lequel le montant du versement anticipé est payé comme jusqu'ici au plus tard six mois après que la personne assurée a fait valoir son droit dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (EPL). La deuxième phrase introduit le cas d'exception dans lequel le délai de paiement peut être différé jusqu'à 12 mois lorsqu'existe un découvert (pour la définition de la notion de découvert, cf. art. 44, 1er al. OPP 2). L'actuelle deuxième phrase est devenue

obsolète dès lors que l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement est en vigueur depuis le 1er janvier 1995.

L'alinéa 5 introduit une possibilité supplémentaire de différer le paiement. Selon l'actuel alinéa 4, le délai de six mois pour le paiement peut être différé lorsque le paiement n'est pas possible ou ne peut être exigé en raison de problèmes de liquidités, pour autant que l'institution de prévoyance établisse un ordre de priorités qu'elle communique à l'autorité de surveillance. La possibilité supplémentaire de différer le paiement découle de la disposition nouvelle selon laquelle le délai de 12 mois applicable en cas de découvert peut faire l'objet d'une extension lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies : le découvert doit être important (let. a), le versement anticipé est utilisé pour amortir des prêts hypothécaires (let. b), et l'institution de prévoyance doit informer l'autorité de surveillance dans le cadre de son obligation d'annoncer conformément à l'article 44, alinéa 3 OPP 2. Elle doit à cet égard remplir toutes ses obligations d'information conformément à l'article 44. L'institution de prévoyance doit en particulier informer sur la durée prévue de cette mesure (let. c).

La possibilité de différer le paiement ne vise pas à faire obstacle à l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle. C'est la raison pour laquelle elle a expressément la forme potestative, n'est possible qu'en cas de découvert important et est limitée aux cas d'utilisation du versement anticipé à des fins d'amortissement de prêts hypothécaires. Le caractère incisif de cette mesure entraîne l'obligation pour l'institution de prévoyance d'informer quant à sa durée d'application.
Le but est de pouvoir empêcher qu'en cas de liquidation partielle ou totale ou en cas de risque d'une telle liquidation, un assuré ne choisisse le biais du versement anticipé pour échapper à la déduction du découvert technique et ne détourne ainsi de leur but les dispositions de l'article 19 LFLP. C'est principalement l'amortissement de prêts hypothécaires qui devrait être l'échappatoire la plus concernée, il en est tenu compte à la lettre b de l'article 6, alinéa 5. Dès lors qu'il ne s'agit pas de mettre en question le versement anticipé en tant que forme particulière de la prévoyance, mais bien de faire obstacle au versement anticipé demandé dans le but d'échapper à une réduction, la possibilité d'extension supplémentaire du délai de paiement est liée aux trois conditions susmentionnées. La notion de découvert important correspond à celle qui fait l'objet du commentaire de l'article 44, alinéa 5 OPP 2.

L'alinéa 6 répond à la question du devenir des demandes pendantes au moment de l'entrée en vigueur. La possibilité de différer le paiement de 12 mois en cas de découvert, et de plus de 12 mois en cas de découvert important s'applique aux demandes introduites postérieurement à l'entrée en vigueur de la modification d'ordonnance.

La possibilité de différer le paiement n'est ouverte que quand et aussi longtemps qu'un découvert, respectivement qu'un découvert important existe. S'il n'existe plus de découvert important à la lumière des comptes annuels, la durée unique de 12 mois est applicable en matière de paiement différé en cas de découvert.

La décision de différer le paiement en cas de découvert nécessite par ailleurs une base réglementaire.

3. Entrée en vigueur

La modification d'ordonnance entre en vigueur le 1er juillet 2003.

Modification de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) du 21.05.2003: Questions relatives à l'application pratique en cas de découvert d'une institution de prévoyance

Quand applique-t-on l'article 6, alinéa 1, phrase 2 OEPL et l'alinéa 5 en cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL) ?

A la différence de l'article 6, alinéa 5 OEPL, l'application de l'**alinéa 1, phrase 2** de cet article n'est attachée qu'à une seule condition : lorsqu'il existe un découvert (en d'autres termes, lorsque le degré de couverture est inférieur à 100 pour cent selon la formule annexée à l'art. 44, al. 1 OPP 2), auquel cas le paiement du versement anticipé peut être différé jusqu'à 12 mois au maximum. Le but du versement anticipé (par exemple, achat d'une propriété immobilière ou remboursement d'un prêt hypothécaire) ne joue aucun rôle dans le cadre de l'alinéa 1. Une extension au-delà du délai de 12 mois selon l'**alinéa 5** n'est admise que dans le seul cas où le versement anticipé sert au remboursement (amortissement) d'un prêt hypothécaire et pour autant que le découvert soit important (généralement, lorsque le découvert est inférieur à 90 pour cent) et que les assurés et les autorités de surveillance soient informés sur la durée de la mesure. Il y a lieu de retenir au titre de la clarté qu'une impasse au niveau des liquidités (voir art. 6, al. 4 OEPL) ne constitue pas une condition pour l'application de l'alinéa 5 (il peut y avoir un découvert important sans que cela ne soit lié à un problème de liquidités).

Dans la pratique, des problèmes pourraient survenir dans les cas d'application cumulée des alinéas 1 et 5 de l'article 6 OEPL. Si le versement anticipé pour la construction, l'achat ou l'extension d'un bien immobilier est par exemple différé jusqu'à 12 mois et que l'assuré est de ce fait contraint de prendre un crédit hypothécaire, une institution de prévoyance en découvert ne peut ordonner que cet unique report de 12 mois au plus au sens de l'alinéa 1 et non imposer un second report au sens de l'alinéa 5, même si les conditions de l'alinéa 5 sont réalisées. Avec l'introduction de ces nouvelles dispositions, la construction ou l'achat d'un bien immobilier au moyen de la prévoyance professionnelle ne doit pas être empêché, seul un report temporaire du paiement d'un versement anticipé dans le cadre de l'EPL est en soi permis, de manière à ce que l'assainissement d'une institution de prévoyance ne soit pas rendu plus difficile.

De combien de temps le paiement au sens de l'article 6, alinéa 4 OEPL peut-il être différé?

Il relève de la compétence et de la responsabilité de l'organe suprême de l'institution de prévoyance de fixer la durée du report de paiement, pour autant que les conditions de l'article 6, alinéa 5 OEPL soient réalisées. L'institution de prévoyance doit annoncer à l'autorité de surveillance compétente si ces conditions sont observées (voir l'obligation de notification selon la lettre c de l'art. 6, al. 5 OEPL). Un report de plus de 24 mois au sens de l'article 6, alinéa 5 OEPL à compter de la date de la demande ne devrait être imposé que dans des cas particuliers et avec indication des motifs particuliers qui le justifient.

Une institution de libre passage, peut-elle différer le paiement d'un versement anticipé-EPL en raison d'un découvert ?

En principe, les dispositions de la loi sur l'encouragement à la propriété du logement (art. 30a à f LPP) et l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) sont aussi applicables aux institutions qui maintiennent sous une autre forme la prévoyance selon l'article 1 de la loi sur le libre passage (au moyen d'une police de libre passage auprès d'une institution d'assurance ou d'un compte de libre passage auprès d'une fondation bancaire). Les institutions de libre passage ne peuvent cependant pas présenter de découvert au sens de l'article 44 OPP 2, dans la mesure où ce genre d'institutions de ne sont pas des institutions de prévoyance au sens de la LPP (voir ATF 122 V 320). Les articles 6, alinéa 1, phrase 2 et alinéa 5 OEPL ne sont par conséquent pas applicables aux institutions de libre passage.

Directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle

du 21 mai 2003

Le Conseil fédéral suisse,

se fondant sur l'art. 64, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)[4],

arrête les directives suivantes:

1 Champ d'application

Les présentes directives s'adressent aux autorités de surveillance de la prévoyance professionnelle conformément à l'art. 64 al. 2 LPP. Ces directives s'appliquent aux institutions de prévoyance enregistrées (art. 48, 49, al. 2, 62, al. 1, 64 LPP et art. 89bis, al. 6 du Code civil suisse[5]). Il est recommandé aux autorités de surveillance d'appliquer par analogie les présentes directives à toutes les institutions de prévoyance qui sont soumises à la loi sur le libre passage (LFLP)[6].

2 Partie générale : principes applicables aux institutions de prévoyance en découvert

21 Prestations et financement en équilibre

1 Garantir le respect du principe selon lequel il doit exister un équilibre entre prestations et financement est une tâche permanente de l'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance. En cas de découvert, le retour à l'équilibre doit faire l'objet de mesures prioritaires.

2 En situation de découvert, il convient en premier lieu d'analyser les causes de l'insuffisance de couverture. Si cette analyse montre qu'en sus des pertes sur la fortune, une base de financement insuffisante a grevé ou grève la situation financière, il est nécessaire de procéder à un examen du financement et des prestations et de procéder aux adaptations requises. Une base de financement insuffisante peut résulter par exemple de la prise en considération d'un rendement théorique de référence trop optimiste ou d'une cotisation de risque qui ne couvre pas suffisamment l'évolution des risques.

22 Principes et obligations de l'institution de prévoyance lors de la détermination de mesures destinées à résorber un découvert

Lors de la détermination des mesures destinées à résorber un découvert, l'institution de prévoyance doit en particulier respecter les principes et obligations suivants:

221 Responsabilité propre de l'institution de prévoyance

Le principe de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance est applicable. L'organe paritaire suprême, respectivement la commission paritaire de prévoyance à l'échelon de la caisse de prévoyance de l'institution affiliée à une fondation collective, doit prendre les mesures nécessaires en fonction de l'importance du découvert et est responsable de leur application (cf. art. 44, al. 2 et 3, OPP 2, nouveau). L'organe de gestion doit s'appuyer sur les propositions de l'expert en prévoyance professionnelle et, au besoin, sur celles d'autres spécialistes tels que l'expert en placements ou l'organe de contrôle.

222 Annonce à l'autorité de surveillance (cf. art. 44, al. 3, OPP 2, nouveau)

1 L'institution de prévoyance doit annoncer dans tous les cas le découvert à l'autorité de surveillance directe compétente, indépendamment du degré dudit découvert. Cette information doit être transmise par écrit, au plus tard lors de la remise des comptes annuels.

---

[4] RS **831.40**
[5] RS **210**
[6] RS **831.42**

[2] L'information à l'attention de l'autorité de surveillance doit comporter au moins les indications suivantes, respectivement les documents suivants:

a. rapport actuel de l'expert en prévoyance professionnelle (rapport actuariel ou expertise actuarielle, où le capital de prévoyance donne lieu à une présentation distincte du capital pour les assurés et du capital pour les rentes);
b. concept de mesures, en d'autres termes présentation concluante des bases de décisions pour les mesures prises et des décisions correspondantes de l'organe paritaire suprême de gestion, et plan d'assainissement (programme de mise en œuvre) indiquant dans quel délai et par quelles mesures il sera possible de résorber le découvert ;
c. preuve que le besoin prévisible de liquidités pourra être couvert ;
d. prises de position concernant :
   – le degré du découvert calculé selon la formule figurant dans l'annexe à l'OPP 2 (cf. art. 44, al. 1, OPP 2, nouveau);
   – les causes du découvert ;
e. événements significatifs postérieurs à la date du bilan;
f. concept d'information (information initiale et information du suivi à l'attention des destinataires – assurés, bénéficiaires de rentes – et de l'autorité de surveillance.

223 **Obligations en matière d'information ultérieure**

Dans le cadre de l'obligation de renseigner régulièrement l'autorité de surveillance sur le succès des mesures prises, l'institution de prévoyance doit, conformément à l'art. 44, al. 3, let. c, OPP 2, nouveau, assurer un suivi en continu de l'efficacité, de l'opportunité et de la durée d'application des mesures; au besoin, elle procède aux adaptations nécessaires. Elle doit se doter d'instruments de reporting adéquats.

224 **Exigences accrues en matière d'information**

En cas de découvert, les institutions de prévoyance sont soumises à des exigences accrues en matière d'information. Les destinataires doivent être informés de l'existence d'un découvert et en particulier de son degré et des mesures prises pour y remédier. La périodicité des informations doit être adaptée à l'importance du découvert et aux mesures prises (cf. art. 44, al. 4, OPP 2, nouveau).

225 **Devoir accru de diligence**

Un découvert se traduit pour l'institution de prévoyance par un devoir accru de diligence et par des exigences accrues en matière de transparence. L'institution de prévoyance doit, en particulier, veiller avec plus d'attention encore à ce que la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance soit garantie dans le domaine des placements (cf. art. 50, al. 2, OPP 2).

226 **Exigences minimales pour les mesures**

[1] Les mesures doivent être conformes à la loi, ce qui signifie qu'elles ne doivent ni porter atteinte aux droits acquis, ni avoir aucun effet rétroactif illicite.

[2] Les mesures doivent être adaptées au degré du découvert (cf. art. 44, al. 5, OPP 2, nouveau). Il est possible à cet égard de distinguer entre un découvert limité et un découvert important. Il y a lieu de considérer en règle générale qu'un découvert est important lorsque l'insuffisance de couverture est supérieure à 10 %. L'expert en prévoyance professionnelle doit donner son avis sur cette valeur de référence. Il s'appuie à cet effet sur des principes reconnus. Compte tenu de la situation propre à l'institution de prévoyance, un découvert peut être déjà important lorsque l'insuffisance de couverture est inférieure à la valeur dc référence précitée.

[3] Les mesures doivent être adaptées aux contraintes de durée. Elles doivent pouvoir être appliquées en temps utile, être gérables au plan administratif et conduire à une résorption du découvert dans un délai raisonnable. En règle générale, un délai raisonnable s'entend d'une période de 5 à 7 ans; une durée de 10 ans ne devrait pas être dépassée.

[4] Les mesures doivent prendre en compte les événements futurs prévisibles (changement de propriétaire de l'entreprise, externalisation d'unités de production, ventes partielles de l'entreprise, suppression générale de postes de travail, etc.).

[5] Les mesures doivent être efficaces, compréhensibles, et cohérentes par rapport aux causes du découvert.

[6] Les mesures doivent respecter la proportionnalité et être équlibrées dans le cadre d'un concept d'ensemble. La proportionnalité est respectée par exemple si les destinataires et/ou employeurs qui ont bénéficié antérieurement de prestations supplémentaires supportent la charge des mesures appliquées.

[7] Les mesures doivent permettre de couvrir les besoins prévisibles en matière de liquidités.

23 Tâches de l'autorité de surveillance

L'autorité de surveillance vérifie qu'un concept de mesures visant à résorber le découvert a été élaboré et que les documents et indications prévues sous le ch. 222, al. 2, ont été réunis. Elle en vérifie la légalité et elle examine si le concept de mesures présente de manière concluante les moyens d'atteindre les objectifs. Le concept de mesures doit comporter des indications sur le respect des principes susmentionnés, sur l'efficacité attendue et les échéances prévues. Il doit également indiquer les premières étapes contraignantes du processus de résorption du découvert et indiquer selon quelles modalités et avec quelle périodicité l'institution de prévoyance renseigne l'autorité de surveillance et les destinataires sur la progression de l'application des mesures. L'autorité de surveillance s'assure que les acteurs concernés (organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance, organe de contrôle, expert en

prévoyance professionnelle) sont impliqués dans le processus conformément au partage légal de leurs rôles et examine en particulier si le concept de mesures a été élaboré avec le concours de l'expert en prévoyance professionnelle et au besoin d'autres spécialistes (tels que des expert en placements) et qu'il est fondé sur des décisions prises par l'organe paritaire suprême de gestion et figurant au procès-verbal de ce dernier. Elle surveille et examine l'établissement par l'institution de prévoyance de rapports réguliers sur l'efficacité des mesures.

231 **Institutions affiliées à une fondation collective qui gèrent les placements de manière autonome**

Lorsque des fondations collectives autorisent les institutions affiliées à opérer de manière autonome les placements de la fortune, les règles applicables aux institutions affiliées qui sont en découvert sont en principe les mêmes que celles qui s'appliquent aux institutions de prévoyance autonomes.

3 Partie spéciale: mesures dans le cadre du droit en vigueur

1 Lorsqu'une mesure est nouvellement introduite, elle appelle une base expresse dans le règlement de l'institution de prévoyance. L'autorité de surveillance vérifie la légalité d'une éventuelle modification du règlement (pas d'effet constitutif).

2 La mise en œuvre des mesures décrites ci-dessous soulève des questions qui doivent être clarifiées.

31 Prélèvement de cotisations supplémentaires destinées à résorber un découvert

Une institution de prévoyance qui présente un découvert peut, sur la base d'une disposition réglementaire expresse, prélever des cotisations supplémentaires auprès de l'employeur et des employés afin de résorber le découvert lorsque l'employeur prend à sa charge la moitié au moins desdites cotisations. Par exception, en raison du caractère temporaire du prélèvement, la prescription d'une part patronale au moins équivalente à celle des employés doit s'appliquer spécifiquement au montant de la cotisation supplémentaire. Cette disposition est valable aussi bien dans le domaine obligatoire que dans le domaine surobligatoire de la prévoyance professionnelle. Lorsque des cotisations supplémentaires sont prélevées, il y a lieu d'observer le principe de proportionnalité. L'expert en prévoyance professionnelle doit se prononcer dans le concept de mesures sur leur nécessité au plan matériel et quant à leur durée.

311 **Aspects fiscaux**

1 Les cotisations destinées à résorber un découvert et versées par les employeurs et les employés sont déductibles des impôts comme les autres cotisations paritaires (cf. art. 81 LPP). Les contributions à fonds perdus versées par l'employeur en vue de résorber un découvert constituent au plan du droit fiscal une dépense justifiée par l'usage commercial. De même, les contributions destinées à la constitution de réserves de fluctuation peuvent donner lieu à déduction fiscale pour l'employeur.

2 La déduction fiscale des cotisations et des contributions suppose une base réglementaire. Cette exigence est remplie lorsque la décision de l'organe paritaire suprême de gestion est indiquée en addendum au règlement. D'autres prescriptions des autorités fiscales demeurent réservées.

312 **Limites légales**

Si un assuré quitte l'institution de prévoyance individuellement, les prescriptions minimales de la LPP et de la loi sur le libre passage (LFLP) s'appliquent sans aucune restriction et il y a lieu en particulier de respecter les dispositions de l'art. 17 LFLP, ce qui limite l'efficacité des cotisations assumées paritairement.

32 Cotisation pour des mesures spéciales au sens de l'art. 70 LPP

Les cotisations pour des mesures spéciales peuvent être affectées à la résorption d'un découvert pour autant que les obligations légales soient garanties. L'expert en prévoyance professionnelle doit vérifier, dans le cas concret, si cette condition est remplie. Cette obligation s'applique également à la dissolution de réserves qui ont été constituées conformément à l'art. 70 LPP.

321 **Limites légales**

Le respect des dispositions de l'art. 70, al. 1, LPP relatives à l'amélioration des prestations de la génération d'entrée doit être assuré.

33 Application d'un taux intérêt réduit ou nul dans le cadre des institutions de prévoyance enveloppantes en primauté des cotisations

Les institutions de prévoyance enregistrées et en primauté des cotisations qui étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales de la LPP (institutions de prévoyances dites enveloppantes) peuvent, en cas de découvert, appliquer à l'ensemble de l'avoir d'épargne un taux d'intérêt réduit ou nul en application du principe d'imputation.

L'application d'un taux d'intérêt réduit ou nul est inefficace pour résorber un découvert dans le cas des institutions en primauté des prestations et pour augmenter les capitaux de couverture des rentes.

331 **Limites légales**

[1] L'application d'un taux d'intérêt réduit ou nul en application du principe d'imputation dans le cas d'une institution de prévoyance enveloppante et en primauté de cotisations n'est licite que si cette possibilité est prévue dans le règlement et seulement durant la période pendant laquelle existe un découvert. Le devoir d'information envers les assurés et l'autorité de surveillance doit également être respecté.

[2] Si un assuré quitte l'institution de prévoyance individuellement, les prescriptions minimales de la LPP et de la LFLP s'appliquent sans aucune restriction et il y a lieu en particulier de respecter les dispositions de l'art. 17 LFLP. L'institution de prévoyance doit fournir la preuve que lors du calcul du compte-témoin LPP et que lors du calcul de la prestation de sortie selon la LFLP, la rémunération au taux d'intérêt minimal selon l'art. 15 LPP (en relation avec l'art. 12 OPP 2) est respectée.

[3] Les règlements peuvent prévoir que l'organe paritaire suprême de gestion ne fixe le taux d'intérêt pour l'année écoulée qu'après avoir pris connaissance des comptes annuels. S'il existe une telle disposition dans le règlement, on est en présence d'une réduction licite rétroactive du taux d'intérêt. En règle générale, les mesures avec effet rétroactif sont toutefois interdites.

34 Réduction de la prestation de sortie en cas de liquidation totale ou partielle

En cas de liquidation totale ou partielle, l'institution de prévoyance en découvert peut déduire proportionnellement les découverts techniques (cf. art. 19 et 23, al. 3, LFLP).

341 **Limites légales**

L'avoir de vieillesse selon la LPP ne peut en aucun cas être réduit. L'autorité de surveillance décide formellement sur demande de l'organe paritaire suprême, si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies, si le découvert technique peut être déduit proportionnellement au regard de l'ampleur du découvert et si la clé de répartition est conforme aux principes généraux applicables en la matière. Cette décision est sujette à recours.

35 Modification des prétentions réglementaires futures dans le domaine surobligatoire

Sur la base d'une disposition réglementaire expresse (modification réservée), l'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance peut réduire les droits futurs (droits expectatifs) des assurés à des prestations *surobligatoires*, d'une manière générale ou temporairement seulement.

351 **Limites légales**

[1] S'il n'existe pas de base réglementaire suffisante (modification réservée), les conditions formelles d'une modification du règlement, respectivement d'une modification du plan de prévoyance, doivent être respectées. Il est en particulier impératif que le règlement modifié soit soumis au contrôle de conformité légale de l'autorité de surveillance.

[2] Il y a lieu d'observer l'interdiction de la rétroactivité et la protection des droits acquis des destinataires et ainsi la distinction entre droits déjà acquis et droits à acquérir (cf. art. 21 LFLP, changement de plan de prévoyance). Aussi longtemps que des expectatives de prestations futures peuvent être réduites – notamment lorsque les conditions d'une modification unilatérale d'un règlement sont remplies – ces expectatives ne bénéficient pas de la garantie des droits acquis. Ce n'est que lorsque le règlement lui-même est déclaré irrévocable sur un point précis (p. ex. le droit à certaines prestations) ou lorsque des garanties explicites ont été données dans un cas précis que la garantie des droits acquis l'emporterait sur une éventuelle réduction des droits expectatifs.

4 Entrée en vigueur

Les présentes directives entrent en vigueur le 1er juillet 2003.

21 mai 2003 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 69

12 septembre 2003

Table des matières

407 Fixation du taux d'intérêt minimal dans la prévoyance professionnelle : modification de l'OPP 2

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

407 Fixation du taux d'intérêt minimal dans la prévoyance professionnelle : modification de l'OPP 2

Communiqué de presse

Berne, le 10 septembre 2003

Le Conseil fédéral opte pour un taux d'intérêt minimal de 2,25 %.

Le Conseil fédéral a décidé d'abaisser le taux d'intérêt minimal de 3,25 % à 2,25 % dès le 1er janvier 2004. En raison des fortes fluctuations qui caractérisent les marchés financiers, un réexamen annuel du niveau du taux d'intérêt minimal sera effectué au cours de ces prochaines années.

La situation financière des institutions de prévoyance reste toujours tendue. En effet, les résultats préliminaires de l'étude annuelle dite « Risk Check-Up », réalisée par Complementa Investment Controlling SA en collaboration avec AWP Sécurité sociale, montre que la proportion des caisses de pensions en découvert, évaluée à 45 % à la fin 2002, s'est élevée à 60 % à la fin mars 2003. Bien que cette proportion ait diminué depuis, grâce au redressement sensible de la bourse, elle se situe encore aujourd'hui à près de 40 %. De plus, environ 40 % des institutions de prévoyance ont une capacité de risque restreinte, de sorte que seulement 20 % environ des caisses de pensions ont un degré de couverture supérieur à 100 % et des réserves de fluctuations suffisantes. Cependant, les fortes fluctuations qui caractérisent les marchés financiers peuvent à tout moment provoquer un revirement de tendance.

Un taux d'intérêt minimal à 2,25 % s'inscrit dans une perspective de stabilité financière des institutions de prévoyance et vise à garantir et à développer à long terme la prévoyance professionnelle.

Le Conseil fédéral a de ce fait pris une décision prudente en fixant le taux d'intérêt minimal à 2,25 %. En optant pour ce taux, il a adapté sa position à l'évolution actuelle des placements et à la situation financière des institutions de prévoyance. La détente des marchés financiers observée durant le 2ème trimestre justifie un taux d'intérêt minimal plus élevé que celui proposé par la Commission fédérale LPP le 22 mai 2003 (2 %). Dans le cadre de sa recommandation, la Commission fédérale LPP s'est basée sur les chiffres relevés jusqu'à fin mars 2003. En considérant les données jusqu'au 30 juin 2003, il résulte de la procédure de la Commission fédérale LPP le taux d'intérêt minimal décidé par le Conseil fédéral, soit un taux de 2.25 %. De plus, il n'est pas opportun de prendre en considé-

ration de manière plus approfondie le développement des marchés financiers au vu de la situation financière des institutions de prévoyance. Enfin, en raison des fortes fluctuations qui caractérisent les marchés financiers, il n'est pas exclu que la tendance actuelle à la hausse connaisse au cours du troisième ou du quatrième trimestre une stabilisation, voire un revirement.

Un taux d'intérêt minimal prudent contribue à détendre la situation des institutions de prévoyance et devrait avoir un effet stabilisant sur le système. Cette prudence s'avère d'autant plus nécessaire que l'entrée en vigueur de l'abaissement du taux de conversion (de 7,2 % à 6,8 % sur une période de 10 ans), tel qu'il est prévu dans le cadre de la 1ère révision de la LPP, est retardée d'une année. Or l'abaissement du taux de conversion constitue un important allégement pour les institutions de prévoyance. Si l'évolution des placements se révèle l'année prochaine supérieure au taux d'intérêt minimal fixé, les institutions de prévoyance auront alors la possibilité de reconstituer des réserves qui se sont effritées au cours de ces trois dernières années sous l'effet de la baisse boursière et, le cas échéant, de distribuer les excédents aux destinataires. Vu le faible niveau de l'inflation et l'évolution des salaires, l'objectif de prestation n'est vraisemblablement pas remis en cause par l'application d'un taux d'intérêt minimal prudent.

La démarche du Conseil fédéral constitue une réponse appropriée à l'évolution positive du marché des capitaux, mais aussi à ses fluctuations, ainsi qu'à la situation financière des institutions de prévoyance. Dans ce contexte, il réexaminera dès l'année prochaine et au cours des années qui suivront le taux d'intérêt minimal.

Version non officielle

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Modification du 10 septembre 2003

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] est modifiée comme suit:

Art. 12, let. b et c
(Art. 15, al. 2 LPP)

L'avoir de vieillesse sera crédité d'un intérêt:

b. pour la période à partir du 1er janvier 2003 jusqu'au 31 décembre 2003: d'au moins 3,25 %;
c. pour la période à partir du 1er janvier 2004: d'au moins 2.25 %.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2004.

---

1 RS **831.441.1**

Commentaires de la modification de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)[2]

1. Généralités

1.1 Situation initiale

Conformément à la disposition transitoire de la modification de l'OPP 2 du 23 octobre 2002[3], un premier réexamen du niveau du taux après l'abaissement de 4 % à 3,25 % doit être effectué en 2003.
Lors du réexamen, on prendra en considération selon l'art. 12a OPP 2:

a. l'évolution du rendement des obligations de la Confédération;

b. les rendements possibles des autres placements usuels du marché.

Pour ce réexamen, les résultats du rapport de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) établi conformément à l'art. 44a OPP 2 (situation financière des institutions de prévoyance) sont pris en compte.

Conformément à l'art. 12a, al. 3 OPP 2, l'OFAS a invité la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle à donner son avis. La Sous-commission « Questions de placements » a rédigé à cet effet un rapport à l'attention de la Commission. En se basant sur les données relevées jusqu'à la fin mars 2003, la Commission a adopté, lors de sa séance du 22 mai 2003, une recommandation demandant l'abaissement du taux d'intérêt minimal à 2 % dès le 1er janvier 2004.

1.2 Procédure de fixation

Le taux d'intérêt minimal détermine la participation minimale des assurés au rendement de la fortune de l'institution de prévoyance au titre de leurs avoirs dans le domaine obligatoire.

Le taux d'intérêt minimal est une prestation garantie et dépend de l'évolution des marchés. On suppose donc que le niveau de risque admis influence le rendement à long terme. La fixation du taux d'intérêt minimal détermine par conséquent les risques que les institutions de prévoyance doivent accepter pour atteindre le rendement correspondant. Ce taux devrait aussi pouvoir être atteint par les institutions de prévoyance qui n'ont pas une capacité de risque très élevée au sens de l'art. 50 OPP 2, situation dans laquelle se trouvent actuellement de nombreuses institutions de prévoyance. Pour garantir la sécurité dans la prévoyance obligatoire, il est nécessaire de fixer un taux qui peut être atteint avec un portefeuille à faible risque. Le principe de la responsabilité propre est applicable. Les institutions doivent optimiser leur stratégie de placement selon leur capacité de risque et

2 RS **831.441.1**
3 RO **2002** 3904

les principes de la répartition des risques, le taux d'intérêt minimal représentant une exigence de performance minimale à réaliser.

Pour la détermination du taux d'intérêt minimal et conformément à la recommandation de la Commission fédérale LPP, il est procédé comme suit: le point de départ pour la fixation du taux d'intérêt minimal est le taux d'intérêt au comptant des obligations à 10 ans de la Confédération. Afin de prendre en considération l'évolution des autres placements usuels du marché sans trop s'écarter du taux correspondant à un faible risque, une fourchette de +/-0,5 % est fixée de part et d'autre de ce taux d'intérêt moyen. L'indice Pictet LPP 93[4] est l'indicateur utilisé pour prendre en considération l'évolution d'autres instruments de placement. Si la variation de cet indicateur au cours d'une période déterminée excède 0,5 % au-dessous ou au-dessus du taux d'intérêt au comptant, une déduction ou une majoration correspondante de 0,5 % est appliquée. Si l'indicateur se trouve à l'intérieur de la fourchette, ce niveau est déterminant pour la fixation du taux d'intérêt minimal.

Les données disponibles, soit celles des mois d'avril à juin 2003, indiquent que le taux d'intérêt moyen au comptant s'élevait à 2,54 %. D'autre part, de fin juin 2002 à fin juin 2003, l'indice Pictet LPP 93 se situait à 2,21 %. Par conséquent l'indicateur de l'évolution des autres types de placements se situait à l'intérieur de la fourchette, ce qui signifie que ce niveau est déterminant pour la fixation du taux d'intérêt minimal. Arrondie au 1/4 % le plus proche, cette valeur donne un taux de 2,25%.

La procédure définie par la Commission fédérale LPP offre une base de discussion pour la fixation du taux d'intérêt minimal, mais d'autres facteurs doivent être pris en compte. Au vu de la situation actuelle, le niveau du taux d'intérêt minimal devrait avoir un effet stabilisant sur le système. Les institutions de prévoyance qui se trouvent dans une situation financière difficile doivent pouvoir accroître leurs réserves et améliorer leur situation. Le taux d'intérêt minimal est une prescription minimale; si certaines caisses de pensions en ont la possibilité, elles peuvent bien entendu verser de meilleures prestations. En moyenne, toutefois, la situation financière des institutions de prévoyance est toujours tendue: les estimations de l'étude dite « Risk Chek-Up », réalisée par Complementa Investment Controlling SA en collaboration avec AWP Sécurité sociale[5], montrent que le degré de couverture moyen des institutions de prévoyance a reculé de 109,4 % (état à fin décembre 2001) à 97,7 % (état à fin décembre 2002). Durant cette même période de référence, le pourcentage des institutions de prévoyance en situation de découvert est passé de 11 % à 45 %. Il est exact qu'un mouvement à la hausse durant le deuxième trimestre 2003 se confirme par rapport à l'évolution négative des mar-

4 La pondération des différentes classes d'actifs des portefeuilles pris en compte par cet indice répond aux dispositions légales, c'est pourquoi elle n'a plus été modifiée depuis le 1er janvier 1993. Les parts sont les suivantes: obligations domestiques en francs suisses 56,22 %; obligations étrangères en francs suisses 11,65 %; obligations en monnaies étrangères 6,7 %; actions suisses 14,78 %; actions étrangères 10,65 %. Un ajustement des pondérations a lieu chaque mois (rééquilibrage mensuel).

5 Ce résultat se base sur 397 questionnaires retournés jusqu'au 10 août 2003.

chés financiers durant le premier trimestre 2003. Mais selon l'étude de Complementa Investment Controlling SA, la situation de l'ensemble des caisses de droit privé était, à fin juin 2003, la suivante: 38 % étaient encore en découvert, 43 % avaient une capacité de risque limitée[6]; seules 19 % avaient aussi bien une couverture que des réserves suffisantes pour pouvoir supporter les risques estimés de leur politique de placement. Les fortes variations des marchés peuvent à tout moment déclencher un revirement de tendance. Avec un taux d'intérêt minimal plus bas, il y a moins de risques que l'on soit obligé d'avoir recours à des mesures d'assainissement incisives, pesant sur les travailleurs, les employeurs et les rentiers et défavorables pour l'économie. Les marchés se caractérisent également par une évolution positive depuis fin juin. Cependant, cette tendance n'est pas prise en considération, dans la mesure où le Conseil fédéral plaide pour un taux prudent sur la base des arguments précités et **fixe de ce fait le taux d'intérêt minimal à 2.25 % dès le 1er janvier 2004.** En raison des fortes fluctuations des marchés financiers, il a été décidé d'effectuer un réexamen annuel du taux d'intérêt minimal au cours de ces prochaines années.

Il résulte de la procédure de consultation que quatre des six partenaires sociaux consultés (employeurs) soutiennent un taux d'intérêt minimal de 2 %. Dans le cadre de cette procédure de consultation, deux partenaires sociaux (Travail.Suisse, Union syndicale suisse) ainsi que la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national demandent que la procédure de fixation du taux d'intérêt minimal soit transparente, objective et facile à comprendre. Dans le cadre de la 1ère révision LPP, l'art. 15 de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) sera modifié dans sa teneur. Cela signifie que le Conseil fédéral doit non seulement prendre en compte l'évolution du rendement des autres placements usuels du marché, en particulier celui des obligations de la Confédération, mais aussi les actions, les emprunts et les immeubles. La procédure définie par la Commission fédérale LPP devrait être maintenue, du moins comme base de discussion. L'indice Pictet LPP 93 pourrait probablement être combiné avec un indice relatif à l'immobilier qui doit être défini (et dont la pondération n'est pas encore déterminée).

Une modification des résultats de la procédure ou une adaptation de cette procédure peut s'avérer nécessaire si des valeurs de base – en particulier le taux d'intérêt au comptant – connaissaient des variations importantes, susceptibles de mettre en péril la stabilité des institutions de prévoyance. Des modifications portant sur les bases ou le mode de calcul de l'indice ne sont pas complètement exclues. Les facteurs économiques doivent être pris en compte. Pour ces différentes raisons, il faut qu'une adaptation puisse avoir lieu si nécessaire. C'est pourquoi le modèle de procédure proposé n'est pas un modèle rigide.

6 Si l'on prend en compte également les caisses de droit public, selon cette étude, 40 % de toutes les caisses de pensions sont en découvert et 41 % d'entre elles ont une capacité de risque limitée.

2. Commentaires de la modification de l'article 12 OPP 2

L'art. 12, let. c OPP 2 établit que, dès le 1er janvier 2004, le taux d'intérêt minimal LPP s'élèvera à 2.25 %. Parce qu'il ne peut pas y avoir d'effet rétroactif, les intérêts crédités jusqu'à cette date ne seront pas affectés par la modification de l'ordonnance.

La modification relative au taux d'intérêt minimal au sens de l'art. 12 OPP 2 a par ailleurs des conséquences sur d'autres dispositions d'ordonnances:

Conformément à l'art 6, al. 2 de l'ordonnance sur le libre passage (OLP), le taux d'intérêt selon l'art. 17, al. 1 et 4 de la loi sur le libre passage (LFLP) correspond au taux d'intérêt minimal. Il va de soi que le nouveau taux ne s'appliquera qu'aux intérêts à compter du 1er janvier 2004. Les intérêts pour les années antérieures doivent être crédités conformément aux dispositions de l'art. 12, let. a et b OPP 2.

L'art. 7 OLP prévoit que le taux d'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal augmenté de ¼ %. Dès le 1er janvier 2004, les prestations de sortie échues devraient être nouvellement créditées d'un taux de 2,5 %.

L'art. 8a OLP, qui est applicable pour le calcul du paiement des intérêts sur les prestations de sortie en cas de divorce, ne laisse pas de questions ouvertes, dans la mesure où la période portant intérêt et le taux sont précisés dans le texte.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 70

27 octobre 2003

Table des matières

Indications

408 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire à l'évolution des prix au 1er janvier 2004

409 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2004

410 Compensation des prestations d'assurance-chômage avec des prestations de prévoyance professionnelle

Prise de position de l'OFAS

411 Fin de l'assujettissement à l'assurance obligatoire et maintien de la prévoyance professionnelle

412 Promesse de vente et versement anticipé pour la propriété du logement

Jurisprudence

413 Intérêts sur la prestation de sortie

414 Invalidité partielle et divorce

415 Compétence de l'institution de prévoyance et résiliation anticipée des rapports de travail

416 Légitimation passive de l'ancien employeur

417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce

418 Invalidité partielle lors de deux emplois à mi-temps

419 Résiliation des rapports de travail à un âge où il existe un droit à la rente de vieillesse

420 Compétence du juge de l'art. 73 en cas de divorce

421 Affiliation d'office par l'institution supplétive

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Indications

408 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1er janvier 2004

Au 1er janvier 2004, les rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire en cours depuis trois ans seront pour la première fois adaptées à l'évolution des prix. Le taux d'adaptation est de 1,7 % pour les rentes de risque LPP qui ont donc pris naissance en 2000.

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime de la prévoyance professionnelle obligatoire doivent être périodiquement adaptées à l'évolution de l'indice des prix à la consommation, selon la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). L'Office fédéral des assurances sociales est chargé de calculer et de publier le taux d'adaptation correspondant à l'augmentation de l'indice.

Ces rentes de survivants et d'invalidité en cours doivent être adaptées pour la première fois après trois ans, puis subséquemment en même temps que celles des rentes de l'AVS, soit, en règle générale, tous les deux ans.

Dès le 1er janvier 2004, les rentes obligatoires de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance en 2000 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation, calculé sur la base des indices des prix à la consommation de 102.4 en septembre 2003 (base mai 2000=100) et de 100.7 en septembre 2000, s'élève à 1,7%. Aussi longtemps que le montant des rentes dépasse le minimum légal prescrit par la LPP, leur adaptation à l'évolution des prix n'est pas obligatoire.

Les adaptations dites subséquentes s'effectueront simultanément aux adaptations des rentes de l'AVS. Cela signifie que les rentes de survivants et d'invalidité de la LPP, qui ont pris naissance avant 2000, ne seront pas adaptées au 1er janvier 2004.

Les rentes de vieillesse de la LPP sont adaptées à l'évolution des prix si les capacités financières de l'institution de prévoyance le permettent. La décision d'adapter les rentes au renchérissement revient à l'organe paritaire de l'institution de prévoyance.

409 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2004

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2004 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,06% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,04% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Ainsi, ces taux demeurent inchangés. Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

410 Compensation des prestations d'assurance-chômage avec des prestations de prévoyance professionnelle

Assurance-chômage

Le 22 mars 2002, la loi fédérale sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité a été modifiée avec effet au 1er juillet 2003. Depuis cette date, les prestations de l'assurance-chômage pourront être compensées avec des prestations de la prévoyance professionnelle.

Texte de la modification :

Art. 94 Compensation

[1] Les restitutions et les prestations dues en vertu de la présente loi peuvent être compensées les unes par les autres ainsi que par des restitutions et des rentes ou indemnités journalières dues au titre de l'AVS, de l'assurance-invalidité, de la prévoyance professionnelle, du régime des allocations pour perte de gain en faveur de personnes astreintes au service militaire, au service civil ou à la protection civile, de l'assurance-militaire, de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance-maladie, ainsi que des prestations complémentaires de l'AVS/AI et des allocations familiales légales.

[2] Si une caisse a annoncé la compensation à une autre assurance sociale, cette dernière ne peut plus se libérer en versant la prestation à l'assuré. Cette règle vaut également dans le cas inverse.

Prises de position de l'OFAS

411 Fin de l'assujettissement à l'assurance obligatoire et maintien de la prévoyance professionnelle

Aux termes de l'art. 47, al. 1, LPP, l'assuré qui cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire peut maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment, auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent. Si ce n'est pas possible, il peut maintenir sa prévoyance en s'affiliant à l'institution supplétive. Cette dernière propose deux plans de prévoyance : le premier, ou plan WA, prévoit les prestations suivantes : rente de vieillesse, rente de veuve, ainsi que capital au décès. Les prestations du deuxième, ou plan WG, sont : rente de vieillesse, rente d'enfant de pensionné, rente d'invalidité, rente d'enfant d'invalide, rente de veuve, rente d'orphelin, ainsi que capital au décès.

Toute personne qui cesse de toucher des indemnités journalières de l'assurance-chômage et qui n'est donc plus affiliée à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 1^{bis} , LPP, peut maintenir sa prévoyance dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive (art. 47, al. 2, LPP). Sont comprises dans l'assurance la rente d'invalidité, la rente d'enfant d'invalide, la rente de veuve ainsi que la rente d'orphelin (plan de prévoyance WR) ; la rente vieillesse et le capital au décès ne sont pas compris.

Etant donné que la loi utilise l'expression « maintenir la prévoyance », on part de l'idée qu'il n'est pas possible de s'affilier en tout temps auprès de l'institution supplétive. Il est vrai que l'institution supplétive exige de son futur assuré qu'il s'annonce immédiatement. Ses règlements contiennent la disposition suivante : « La couverture de prévoyance débute le jour où le salarié cesse d'être assujetti à l'assurance obligatoire, au plus tôt cependant à la réception de l'annonce par l'agence ». C'est pourquoi il est absolument nécessaire que les institutions de prévoyance et les caisses de chômage préviennent les personnes auxquelles ne s'applique plus l'assurance obligatoire qu'elles peuvent rester assurées auprès de l'institution supplétive moyennement le respect du délai pour en faire la demande.

412 Promesse de vente et versement anticipé pour la propriété du logement

La question suivante a été soumise à l'OFAS : l'institution de prévoyance peut-elle payer le montant du versement anticipé pour la propriété du logement déjà au moment de la promesse de vente ou bien faut-il attendre l'acte définitif de vente ?

Selon l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement (OEPL), l'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé, après production des pièces justificatives idoines et avec l'accord de la personne assurée, directement au vendeur, à l'entrepreneur, au prêteur ou aux bénéficiaires selon l'article 1er, al. 1, lettre b, OEPL.

L'octroi d'un versement anticipé déjà au moment de la promesse de vente serait prématuré. En effet, tant que l'acte de vente n'est pas définitif, il n'est pas encore sûr que l'assuré deviendra propriétaire de son logement. Il s'agit donc d'éviter que le montant du versement anticipé diminue l'avoir de prévoyance de la personne assurée, alors qu'il n'y a pas encore eu acquisition du logement. De plus, l'institution de prévoyance ne dispose d'aucune garantie pour récupérer ce versement dans le cas où la promesse de vente n'aboutissait finalement pas à l'acquisition du logement, car l'art. 30d ne prévoit pas le remboursement du versement anticipé dans cette situation. Il ne faut en outre pas négliger le risque d'une éventuelle faillite du promettant-vendeur. C'est pourquoi, l'art. 6, al. 2, OEPL exclut le paiement du versement anticipé directement au promettant-vendeur.

En attendant l'acte de vente définitif et la mention au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner (art. 30e, al. 2, LPP), l'OFAS est d'avis qu'il est uniquement admissible de bloquer un acompte (financé au moyen du versement anticipé) auprès du notaire instrumentant l'acte de vente (et non pas directement entre les mains du promettant-vendeur). Si la vente n'a finalement pas lieu, l'acompte devra être restitué à l'institution de prévoyance en faveur de la personne assurée. Il serait utile que l'institution de prévoyance et le notaire précisent cela par écrit.

Jurisprudence

413 Intérêts sur la prestation de sortie

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être assortie d'intérêts au taux minimal prévu pour l'avoir de vieillesse – pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoie pas un taux supérieur. D'éventuels intérêts moratoires sont dus dès le prononcé du jugement du divorce, respectivement après l'écoulement d'un délai de 30 jours à compter de la décision du juge LPP ou dès que l'arrêt du TFA a été prononcé.

(Note au sujet de sept arrêts du TFA du 8 avril 2003 en la cause P.B., B 70/02, en la cause U.G., B 71/02, en la cause U.F., B 73/02, en la cause R.D.J., B 78/02, en la cause F.K.-C., B 88/02, en la cause A.D., B 103/02 et en la cause R.L., B 109/02, au sujet d'un arrêt du TFA du 8 juillet 2003 en la cause G.L., B 113/02; arrêt en langue allemande, au sujet d'un arrêt du TFA du 18 juillet 2003 en la cause M.L.-S., B 36/02, et d'un arrêt du TFA du 4 septembre 2003 en la cause C.C.-S., B 105/02, arrêts en langue française).

(Art. 122, 141 et 142 CC ; art. 2 al. 3 et 25a LFLP, art. 7 OLP)

Lorsque l'un des époux au moins est affilié à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, l'art. 122 al. 1 CC prévoit, en cas de divorce, que chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi sur le libre passage (LFLP). En cas de désaccord, le litige est transmis au juge compétent selon l'art. 73 LPP qui doit procéder au partage de la prestation de sortie (art. 25a LFLP, art. 141 et 142 CC). Si les deux époux ont créances réciproques, seule la différence doit être partagée. La prestation de sortie partagée doit en principe rester affectée à la prévoyance professionnelle.

La prestation de sortie à partager d'un conjoint correspond à la différence entre la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment du divorce et la prestation de sortie augmentée des éventuels avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage. Dans ce calcul, il faut affecter la prestation de sortie et les avoirs de libre passage au moment de la conclusion du mariage d'intérêts rémunératoires (compensatoires) jusqu'au moment du divorce au taux minimal va-

lable pendant ce laps de temps selon l'art. 12 OPP 2 (jusqu'au 31 décembre 2002 : 4% et dès le 1er janvier 2003 : 3,25%), pour autant que le règlement de prévoyance ne prévoie pas un taux supérieur.

Selon l'art. 2 al. 3 LFLP, la prestation de sortie est due lors de la sortie de l'institution de prévoyance. Des intérêts moratoires sont également dus sur la partie de la prestation de sortie à l'autre époux. Les intérêts moratoires à payer correspondent au taux minimal prévu à l'art. 12 OPP 2 plus un quart pour cent (art. 7 OLP).

Le moment à partir duquel les intérêts moratoires sont dus est différent si les conjoints sont parvenus à un accord devant le tribunal de divorce quant au partage de la prestation de sortie et aux modalités de son exécution (art. 141 CC) ou si la cause ait été transmise au tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance (art. 142 CC). Dans le premier cas, les intérêts moratoires sur la prestation de sortie à compenser sont dus 30 jours après le prononcé du jugement de divorce ; dans le second cas, le jour de référence pour le début du délai de paiement de 30 jours se situe au moment de l'entrée en force de la décision du tribunal cantonal compétent en matière de prévoyance ou, si celle-ci a été déférée au Tribunal fédéral des assurances, au jour du prononcé de l'arrêt.

L'arrêt B 36/02 mérite une brève analyse, car, tout en reprenant l'argumentation développée jusqu'ici dans les arrêts du 8 avril 2003 et du 8 juillet 2003, le TFA l'a affinée quant au point de départ du calcul des intérêts, notamment si le jugement est partiellement entré en force. Dans cette affaire, le divorce des époux a été prononcé par le Tribunal civil en date du 26 avril 2001 et est devenu définitif le 28 mai 2001. Le montant de la prestation à partager a pour sa part été déterminé par le Tribunal administratif de la prévoyance, par jugement du 26 mars 2002. Il a ensuite été notifié à l'institution de prévoyance en date du 28 mars 2002. L'épouse n'a contesté le montant à partager, mais le fait qu'aucun intérêt sur cette somme n'ait été retenu par le tribunal de la prévoyance. De ce fait et compte tenu des délais de recours et des féries judiciaires, ce jugement est entré partiellement en force le 9 mai 2002. La question portait donc sur l'obligation de verser des intérêts rémunératoires (compensatoires) et éventuellement aussi des intérêts moratoires. Le Tribunal fédéral, compte tenu du fait que le jugement de divorce est entré en force le 28 mai 2001, a admis que les intérêts compensatoires commencent à courir dès cette date. Par contre, l'institution de prévoyance était tenue de verser des intérêts moratoires dès le 31ème jour de l'entrée en force (partielle) du jugement, soit dès le 8 juin 2002, au taux d'intérêt de 4,25% jusqu'à fin 2002 et de 3,5% dès le 1er janvier 2003 (art. 7 OLP en relation avec l'art. 12 OPP2).

414 Invalidité partielle et divorce

(Référence à l'arrêt du TF du 15.5.2003 en la cause K. et B., 5C66/2002 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 124 CC, art. 22b al. 1 LFLP)

La prestation de sortie ne peut pas être partagée selon l'article 122 CC dans une procédure de divorce lorsque le cas de prévoyance est déjà survenu chez un des conjoints. Dans le contexte du divorce, par cas de prévoyance, il y a lieu d'entendre l'invalidité et la réalisation de l'âge limite de la retraite. A cet égard, une invalidité partielle suffit.

Le cas de prévoyance « invalidité » est survenu lorsqu'un conjoint est devenu – sous réserve de dispositions réglementaires plus étendues – durablement incapable de travailler à raison d'au moins 50% ou a été incapable de travailler à 50% au moins pendant une année sans interruption notable et qu'il touche une rente d'invalidité de l'institution de prévoyance professionnelle ou a touché d'elle une indemnité en capital.

Lorsque l'assuré touche une demi-rente d'invalidité, l'institution de prévoyance répartit l'avoir de vieillesse en deux parts égales. La moitié qui n'est pas « transformée » en une rente a le même sort que l'avoir de vieillesse d'un assuré ayant une pleine capacité de travail. En cas d'invalidité partielle, il subsiste ainsi une prestation de sortie dont le partage est « techniquement possible ». A la teneur claire de l'art. 122 al. 1 et de l'art. 124 al. 1 CC, la réalisation d'un ou de plusieurs cas de prévoyance excluent le partage selon l'art. 122 al. 1. Les travaux préparatoires ne permettent pas d'interprétation restrictive selon laquelle seul est visé le cas de prévoyance qui « transforme » toute la prestation de sortie en rente.

Pour des motifs également de praticabilité, le Tribunal fédéral refuse de partager selon l'art. 122 CC une prestation de sortie encore existante et d'accorder selon l'art. 124 CC une indemnité équitable pour le solde des prétentions découlant de la prévoyance professionnelle. Se pose la question de savoir comment procéder lorsque le risque invalidité est seulement probable au moment de la procédure de divorce mais qu'il ne s'est pas encore réalisé ou lorsqu'il survient au cours de la procédure de divorce. S'il existe déjà une invalidité partielle, il existe un risque accru que l'invalidité s'aggrave pendant la procédure de divorce. C'est pourquoi, les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle en cas d'invalidité partielle ayant conduit à des prestations de l'institution de prévoyance ne

doivent pas être basées sur l'art. 122 al. 1 CC ; il s'agit au contraire de régler ce cas exclusivement par le biais de l'indemnité équitable de l'art. 124 CC.

Lorsqu'un conjoint se voit allouer une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, il peut être précisé dans le jugement de divorce conformément à l'art. 22b al. 1 LFLP qu'une partie de la prestation de sortie est transférée en imputation sur l'indemnité équitable. Cette forme de paiement ne peut cependant être ordonnée que s'il existe une prestation de sortie mais indépendamment du fait qu'un cas de prévoyance soit ou non survenu. Il suffit qu'il existe une prestation de sortie. C'est pourquoi, en cas d'invalidité partielle, l'indemnité équitable peut être payée selon l'art. 124 CC, en application de l'art. 22b al. 1 LFLP.

Lorsqu'il est incertain qu'une incapacité de travail fasse naître une prestation d'invalidité de nature à empêcher le transfert d'une partie de la prestation de sortie, le juge peut – sur demande de la partie intéressée – imposer l'obligation à fournir une prestation de remplacement.

En cas de transfert selon l'art. 22b al. 1 LFLP, la décision du juge civil lie la caisse de pension lorsque celle-ci a confirmé non seulement le montant de la prestation de sortie mais encore la possibilité de procéder au partage et au transfert. Si elle n'a pas confirmé ces points, le jugement pourrait éventuellement ne pas être exécuté à son encontre.

415 Compétence de l'institution de prévoyance lorsque les rapports de travail ont été résiliés de manière anticipée en raison du transfert de l'entreprise selon l'art. 333 CO

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 avril 2003 en la cause M.S., B 89/02 ; en langue allemande)

(Art. 10 al. 1 et 2, art. 23, art. 26 al. 1 LPP ; art. 333 CO)

L'art. 333 CO règle le transfert des rapports de travail lorsque l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers. Cette disposition du droit du travail suppose que l'employeur transfère l'entreprise à un tiers qui s'engage à reprendre les rapports de travail. Par entreprise au sens de l'article 333 CO, il faut comprendre le regroupement organisationnel des moyens et droits personnels, réels et immatériels qui forment une unité

économique et qui servent à poursuivre un but relevant d'une technique de travail déterminée. Il n'y a transfert d'entreprise que si l'identité de l'entreprise est la même avant et après le transfert. L'organisation, le but et le caractère individuel de l'entreprise doivent alors être conservés, c'est-à-dire que tous les actifs et passifs sur lesquels repose, pour l'essentiel, la continuation de l'entreprise doivent être transférés. Par contre, il n'est pas nécessaire que tous les actifs et passifs soient transférés ni que l'entreprise continue d'exister. Certaines parties de l'entreprise peuvent être enlevées de l'organisation pour autant que ces parties ne puissent remplir leur ancien but qu'après leur séparation. Le transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO n'équivaut qu'au transfert contractuel de l'entreprise à un autre sujet de droit.

Pour déterminer quelle institution de prévoyance est tenue de fournir des prestations en cas d'invalidité, il faut se demander selon l'art. 23 LPP, auprès de quelle institution de prévoyance était assuré l'intéressé lors de la survenance de son incapacité de travail. Indépendamment du fait que l'entreprise de l'ancien employeur ait été liquidée ou transférée à un tiers au sens de l'art. 333 CO, il faut se demander, dans le cas d'un travailleur qui a subi une incapacité de travail après la cessation de l'entreprise de son employeur, s'il a conclu ou non un contrat de travail avec l'entreprise reprenante dans le cadre du transfert de l'entreprise. S'il a refusé de le faire, il reste affilié à l'ancienne institution de prévoyance jusqu'à la fin des rapports de travail et celle-ci peut alors être également tenue à fournir les prestations.

416 Légitimation passive de l'ancien employeur

L'ancien employeur d'un travailleur a la légitimation passive seulement lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte avec l'institution de prévoyance, mais pas lorsque c'est le montant de la prestation de sortie qui est contesté.

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 mai 2003 en la cause H.O., B 69/01 ; en langue allemande)

(Art. 66 al. 3, 73 al. 1 LPP)

Selon une première jurisprudence, une action portant sur le paiement, après coup, de cotisations d'un précédent employeur était intentée, dans tous les cas, contre la précédente institution de prévoyance ou à la rigueur contre l'institution supplétive mais jamais contre l'ancien employeur même

si celui-ci n'avait jamais versé à une institution de prévoyance les cotisations déduites du salaire pour la prévoyance professionnelle. Cette jurisprudence s'appliquait non seulement à l'exigibilité d'une prestation de sortie mais aussi lors de la survenance du cas de prévoyance comme par exemple pour les prestations de vieillesse.

Par la suite, le TFA a modifié sa jurisprudence et a reconnu qu'une demande de paiement de cotisations arriérées, c'est-à-dire la prise en compte d'un gain plus élevé à assurer avec le paiement de cotisations supérieures y relatives, constitue un litige entre employeur et travailleur au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. Après avoir reconnu la légitimation passive de l'employeur également après la résiliation du contrat de travail et après avoir considéré qu'il était sans importance pour l'obligation de l'employeur de présenter des décomptes que cette obligation soit invoquée après la survenance du cas d'assurance ou de libre passage, le TFA a finalement précisé, dans l'idée d'uniformiser la jurisprudence, que l'ancien employeur a aussi la légitimation passive si le travailleur fait valoir des prétentions basées sur l'art. 66 al. 3 LPP que la résiliation des rapports de travail donne lieu à une prestation d'assurance ou à une prestation de sortie (dans la terminologie de l'art. 2 LFLP). C'est pourquoi, l'ancien employeur a la légitimation passive également lorsque le litige porte sur l'inexactitude d'un décompte d'un ancien employeur avec l'institution de prévoyance. Toutefois, si c'est concrètement le montant de la prestation de sortie qui est contesté, c'est l'institution de prévoyance, à la rigueur l'institution supplétive, qui a la légitimation passive, mais pas l'employeur.

417 Versement de la prestation de sortie en cas de divorce

La prestation de sortie à transférer dans le cadre d'une procédure de divorce doit être en principe versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin du montant en question pour combler des lacunes en vue des prestations réglementaires, sa part sur la prestation de sortie peut être versée sur deux comptes de libre passage au maximum.

(Référence à l'arrêt du TFA du 17 mars 2003 en la cause W. + M.F., B 87/01 ; en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, art. 3 al. 1, art. 4 al. 1 et art. 22 LFLP, art. 12 al. 1 OLP)

Le tribunal prévu à l'art. 73 LPP, respectivement aux art. 25 et 25a LFLP doit veiller à l'application correcte du droit fédéral dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il doit se saisir d'office du litige qui lui a été transmis par le tribunal du divorce et procéder au partage de la prestation de sortie en se basant sur la clé de répartition définie par le jugement de divorce.

Dès que le jugement de divorce est devenu exécutoire, le tribunal cantonal des assurances sociales doit se prononcer d'office sur l'existence et le montant des prestations de sortie à transférer et sur l'exécution du partage, c'est-à-dire fixer les modalités à quelle institution (caisse de pension, institution de libre passage de l'ayant droit) doit être transféré le montant de la différence à déterminer entre les prestations de sortie.

La prestation de sortie à partager doit servir à maintenir la protection de prévoyance de la personne y ayant droit. Il s'ensuit que la part de la prestation de sortie à transférer doit en principe être versée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint. Le bénéficiaire a le droit de combler des lacunes avec sa part de la prestation de sortie à transférer jusqu'aux prestations réglementaires complètes et ainsi d'augmenter les prestations en cas d'invalidité ou de retraite mais aussi d'éventuelles prestations en faveur des survivants.

Si l'ayant droit n'est affilié à aucune institution de prévoyance ou s'il n'a pas besoin de la somme totale pour combler ses lacunes dans son institution de prévoyance, il doit communiquer à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint sous quelle forme il veut recevoir (le solde de) la protection de prévoyance. Celle-ci sera reçue par le biais d'une police de libre passage ou sur un compte de libre passage. La prestation de sortie à transférer peut versée à deux institutions de libre passage au maximum (art. 12 al. 1 OLP).

418 Invalidité partielle survenant lors de deux emplois à mi-temps

(Référence à l'arrêt du TFA du 18 février 2003 en la cause M.F., B 57/01 ; en langue allemande)

(Art. 23 LPP, art. 1 al. 1 let. c OPP 2)

Une travailleuse avait, depuis plusieurs années, deux emplois à 50% de même fonction et touchait chez chacun de ses deux employeurs un salaire dépassant le salaire minimal de l'art. 2 al. 1 LPP. Elle était assurée chez les deux employeurs dans leur institution de prévoyance respective. Après être devenue invalide à 50% (55% d'incapacité de travail), elle quitta un de ses emplois à mi-temps et conserva l'autre.

Le TFA a jugé qu'en cas d'activités de même importance exercées de front et pour lesquelles le salaire minimum est à chaque fois dépassé, il existe une obligation multiple d'être assuré à la prévoyance professionnelle. L'exception prévue pour les activités accessoires (art. 1 al. 1 let. c OPP 2) n'est pas applicable dans ce cas car aucune des activités ne peut être considérée comme accessoire.

L'institution de prévoyance de l'employeur avec lequel les rapports de travail sont poursuivis ne doit actuellement pas verser de prestations d'invalidité. En revanche, l'institution de prévoyance de l'employeur pour lequel l'emploi a cessé doit payer une rente complète d'invalidité d'après le salaire assuré chez elle. Si l'incapacité de travail augmente à 66,6% au moins pour les mêmes raisons de santé que celles qui ont entraîné une incapacité de travail d'environ 50%, cette deuxième institution de prévoyance doit fournir des prestations à cet effet car l'incapacité de travail survient à un moment où la travailleuse est assurée auprès d'elle et où elle touche de l'autre institution de prévoyance une pleine prestation.

419 La résiliation des rapports de travail à un âge auquel il existe déjà un droit à la prestation de vieillesse peut également déclencher des prestations de vieillesse contre la volonté de l'assuré.

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 mai 2003 en la cause J.R., B 86/02 ; en langue allemande)

(Art. 13 al. 2 LPP, art. 1 al. 2 et 2 al. 1 LFLP)

Selon l'art. 2 al. 1 LFLP, les assurés qui quittent l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance ont droit à une prestation de sortie. Selon l'art. 1 al. 2 LFLP, la loi sur le libre passage s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de l'âge limite, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance). Il résulte de ces deux dispositions qu'un assuré n'a droit à une prestation de sortie que lorsqu'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge ouvrant le droit à la rente.

Dans les institutions de prévoyance dont le règlement prévoit la possibilité d'une retraite anticipée, il faut comprendre par survenance du cas de prévoyance vieillesse non pas l'atteinte de l'âge légal de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP, mais l'atteinte de l'âge limite réglementaire en vue d'une retraite anticipée. Ainsi, en cas de résiliation des rapports de travail à un moment où les conditions d'une retraite anticipée sont remplies, le droit aux prestations de vieillesse prévues dans le règlement prend naissance en principe indépendamment de l'intention de l'assuré de continuer d'avoir une activité lucrative ailleurs.

Ce n'est que dans les institutions de prévoyance dont le règlement fait dépendre la possibilité du versement d'une rente de vieillesse anticipée de l'exercice d'une déclaration de volonté correspondante que le cas de prévoyance vieillesse n'est pas considéré comme survenu, dans tous les cas de résiliation des rapports de travail ou de service, à un moment où l'assuré a atteint l'âge réglementaire ouvrant le droit à la rente pour une retraite anticipée, mais seulement si l'assuré fait usage de la possibilité prévue dans les statuts d'exiger le versement d'une rente de vieillesse anticipée (voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no 64 du 28 octobre 2002 ch. 390). Dans les autres institutions de prévoyance, la résiliation des rapports de travail dans cette tranche d'âge peut déclencher une prestation de vieillesse diminuée même contre la volonté du travailleur.

420 En cas de divorce, le juge de l'art. 73 est compétent pour connaître d'un litige issu de l'impossibilité de transfert de la moitié de la PLP de l'un des conjoints à l'institution de l'autre pourtant décidé par le tribunal civil

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.01.03 en la cause F.C., B 96/00 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 73 LPP, 22 al. 2 LFLP version en vigueur jusqu'au 31.12.99)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours de la femme divorcée qui demandait à la caisse de pensions de son mari de transférer la moitié de l'avoir LPP de ce dernier, conformément à ce qui avait été ordonné par le jugement du divorce. Devant le refus de cette dernière, en raison du fait que l'assuré était en incapacité totale de travail et avait réalisé le cas de prévoyance, elle a porté l'affaire devant la juridiction cantonale de l'art. 73 LPP (canton du Tessin). Ce tribunal s'étant déclaré incompétent pour connaître du sort du litige, l'intéressée a recouru devant le TFA qui lui a donné raison, pour les motifs suivants.

Tout d'abord le TFA relève qu'il est incontestable que le litige concerne un ayant droit et une institution de prévoyance et que la recourante était légitimée à agir en procédure administrative à l'encontre de l'institution du conjoint, étant donné qu'elle devenait cessionnaire légale de la créance contestée sur la base de la décision de transfert émise par le juge civil (art. 166 CO) – cons. 3.1.

Le TFA rappelle ensuite que, sous l'ancien droit, le jugement civil n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties (les conjoints) qui ont participé à la procédure ; dès lors, l'institution de prévoyance qui n'a pas participé à la procédure devrait aussi avoir la possibilité de contester un transfert devant le juge de la prévoyance professionnelle compétent. Bien plus faut-il distinguer entre les rapports interne entre conjoints de ceux avec l'institution de prévoyance. Si le conjoint, lié par le jugement de divorce ne peut s'opposer au transfert, en revanche, le tribunal de l'art. 73 LPP doit, d'un autre côté, décider si l'assureur est en mesure d'exécuter ledit jugement, en vérifiant l'existence et la cessibilité du transfert.

Note : cet arrêt prévoit que le tribunal de l'art. 73 LPP est compétent en matière de transfert de la PLP et notamment lorsque la caisse refuse le transfert car les conditions ne sont pas ou plus données, comme par exemple lors de la réalisation du cas d'assurance. Ce jugement concerne le droit en vigueur avant l'application des nouvelles dispositions du droit du divorce. On peut toutefois se poser la question de son application mutatis mutandis au nouveau droit, vu que l'art. 141 CC prévoit certes que le juge du divorce notifie le jugement à l'institution de prévoyance, mais toutefois n'accorde pas à celle-ci la qualité de partie. Cela ressort aussi de l'ATF 128 V 41.

421 Affiliation d'office par l'institution supplétive – rapports entre l'art. 11 et l'art. 12 LPP – prescription

(Référence à l'arrêt du TFA du 28.03.03 en la cause OFAS et Fondation LPP Vaudoise assurance, B 68 et 69/02 ; arrêt en langue française)

(Art. 11, 12, 41 et 60 al. 2 let. d LPP, 142 CO)

Le TFA a été appelé à juger d'un recours conjoint de l'OFAS et de la fondation LPP de la Vaudoise assurances contre un jugement de première instance en matière d'affiliation d'office. L'assurée incapable de travailler a présenté une demande de rente à l'institution de prévoyance de son ex-employeur. Celle-ci, constatant que l'incapacité de travail remontait à une période antérieure à la conclusion du contrat, a refusé toute prestation. Or, durant la période d'emploi, l'assurée n'a pas été affiliée à une institution de prévoyance alors qu'elle aurait dû l'être. L'OFAS, de son côté, a soulevé l'exception de la prescription, tout en soutenant que ni la caisse vaudoise ni l'institution supplétive n'étaient redevables d'une prestation dans le cas d'espèces.

Le TFA n'est pas entré en matière sur la question de la prescription en ce sens que ce moyen n'avait pas été soulevé en procédure cantonale. En revanche, il a estimé que, selon l'art. 12 LPP, les salariés ont droit à une prestation même si l'employeur ne s'est pas affilié. Ces prestations sont servies par l'institution supplétive à laquelle l'employeur est redevable non seulement des cotisations arriérées, mais aussi d'un complément destiné à couvrir le dommage. Par rapport à l'art. 11 LPP, l'art. 12 est un cas spécial qui se présente lorsqu'un cas d'assurance naît avant que l'employeur ait été affilié à une institution de prévoyance. Dès lors, l'assurée a droit à une prestation de l'assurance obligatoire, servie non pas par la Vaudoise assurances, mais par l'institution supplétive.

Le TFA a renvoyé la cause à l'autorité inférieure, car l'institution supplétive a soulevé l'exception de la prescription. Il appartient donc au juge de 1ère instance d'examiner ce point en relation avec le montant du gain assuré.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 71

23 décembre 2003

Table des matières

Indications

422 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP

423 Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Jurisprudence

424 Obligation pour l'institution de prévoyance d'accepter le transfert d'une prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance

425 Date déterminante pour la liquidation partielle d'une institution de prévoyance

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

03.697

Indications

422 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP

Les rentes de vieillesse minimales de l'AVS ne subiront aucune augmentation pour l'an 2004. Sur cette base, il n'y aura pas lieu de modifier les montants-limites de la prévoyance professionnelle. En ce qui concerne ces montants, nous renvoyons au bulletin no. 65, ch. 394.

423 Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Voir annexe

Jurisprudence

424 Obligation pour l'institution de prévoyance d'accepter le transfert d'une prestation de sortie après la survenance d'un cas de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 10 juillet 2003 en la cause J.-M. B, B 9/01; arrêt rendu en français)

(Art. 2,3 et 9 LFLP; art. 1, al. 2, OLP)

Dans cet arrêt, le TFA tranche la question de savoir si le montant de la prestation de sortie acquis par l'assuré dans une ancienne institution de prévoyance doit être transféré auprès de la nouvelle caisse après la survenance du cas d'invalidité, ce qui, le cas échéant, lui procurerait une rente d'invalidité LPP plus élevée. Il faut savoir que dans le cas d'espèce, l'assuré n'avait communiqué à l'ancienne institution de prévoyance aucune indication quant au transfert de sa prestation de sortie.

La cour fédérale constate en premier lieu que le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance en vertu de l'article 3, 1er alinéa, LFLP, ne trouve ses limites que dans les autres formes de maintien de la prévoyance admises, à savoir lorsqu'il est établi une police ou un compte de libre passage. Par conséquent, aussi longtemps qu'aucune autre forme légale de maintien de la prévoyance n'a été mise en place pour permettre à l'assuré de maintenir ou de poursuivre sa prévoyance sur la base de celle qu'il avait acquise précédemment, le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution compétente reste pleinement valable même si, dans l'intervalle, un cas de prévoyance s'est réalisé et que l'assuré n'a rien fait pour permettre le transfert à temps.

Une interprétation différente n'est pas possible étant donné que l'article 9, alinéa 1, LFLP vise à maintenir et à augmenter la prévoyance dans la nouvelle institution de prévoyance.

Partant, il y a lieu de comprendre par «prestations de sortie apportées», aux termes de la disposition légale précitée, la prestation matérielle à laquelle l'assuré a droit en vertu de l'article 2 LFLP et non pas le versement effectif de cette prestation de sortie.

425 Date déterminante pour la liquidation partielle d'une institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TF du 4.11.2003 en la cause caisse de pension U., numéro 2A. 576/2002 ; arrêt rendu en français)

(Art. 23, al. 4, LFLP)

Dans cette affaire, l'assuré s'était plaint d'une inégalité de traitement entre assurés, ainsi qu'entre les assurés et les retraités transférés à la nouvelle institution de prévoyance en ce sens que le plan de répartition n'avait pas pris en considération les assurés qui, comme lui, avaient quitté la fondation avant la date déterminante pour la distribution des fonds libres. Il aurait fallu, selon lui, et conformément à une pratique constante, y inclure également tous les assurés partis dans un délai de trois à cinq ans avant la liquidation partielle.

Dans cet arrêt, le TF confirme deux principes importants : le premier veut que l'on puisse tenir compte dans le cercle des bénéficiaires pour la distribution des fonds libres les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation partielle, qui peut aller jusqu'à trois, voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 6.4 p. 405). Le second qu'une réduction de 10 pour cent de l'effectif de l'entreprise entraîne la liquidation partielle de l'institution de prévoyance. Cependant, comme dans le cas d'espèce, lorsqu'une entreprise réduit son personnel à plusieurs reprises successives («vagues de licenciement»), celles-ci doivent être considérées globalement comme les étapes d'une même restructuration, à condition qu'elles se réfèrent à la même cause économique. En pareil situation, toutes les personnes licenciées aux différents stades de ce processus unique devraient pouvoir bénéficier des fonds libres (cf. arrêts 2A.48/2003 consid. 3.1 et 2A.76/1997 consid. 3). Sur la base de ces principes, le TF a constaté que les premières mesures de licenciements survenues en 1996, certes dans le cadre du délai susmentionné, étaient des mouvements de faible ampleur qui ne justifiaient pas une liquidation partielle et que c'est au contraire la fusion de la société U avec une autre entreprise qui a rendu cette mesure nécessaire. Or, étant donné qu'il n'y a aucun lien entre les mesures de réorganisation ou de restructuration d'une part et cette fusion d'autre part, il n'y a pas lieu de considérer ces deux opérations comme un tout. Partant, la commission de recours en décidant comme arbitraire la date de liquidation fixée par la fondation recourante (qui se rapportait à juste titre qu'à la date de l'annonce de la fusion) a violé l'article 23, alinéa 4, LFLP et indûment empiété sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité de surveillance.

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

MARIE-CLAUDE SOMMER
Secteur Mathématique, Centre de compétence, Office fédéral des assurances sociales, Berne

Catégories en francs ou en pour-cent	**2001**	**2003**		**2004**	
Age de retraite LPP :	62/65	62/65	63 pour les femmes	62/65	63 pour les femmes
1. Rente de vieillesse de l'AVS					
minimale	12'360	12'660		12'660	
maximale	24'720	25'320		25'320	
2. Salaire					
Déduction de coordination (valeur-seuil)	24'720	25'320		25'320	
Salaire annuel AVS maximal formateur de rente	74'160	75'960		75'960	
Salaire coordonné minimal	3'090	3'165		3'165	
Salaire coordonné maximal	49'440	50'640		50'640	
3. Avoir de vieillesse (AV)					
Taux minimal LPP	4%	3,25%		2,25%	
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans pour les femmes	10'010	11'658	11'782	12'361	12'490
AV min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans avec les BCU (cf. 4.)	20'020	23'316	23'564	24'722	24'980
en % du salaire coordonné	647,9	736,7	744,5	781,1	789,3
AV max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	160'106	186'410	188'392	197'686	199'719
en % du salaire coordonné	323,8	368,1	372,0	390,4	394,4
4. Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée (BCU)					
Limite inf. du salaire pour les bonifications compl. uniques	9'960	10'200		10'200	
– Montant min. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	32'298	37'614	38'010	39'876	40'296
Limite sup. du salaire pour les bonifications compl. uniques	19'920	20'400		20'400	
– Montant max. de l'AV à 62/65 resp. 63 ans correspondant	64'596	75'228	76'020	79'752	80'592
5. Rentes de vieillesse et expectatives de survivants					
Taux de conversion de la rente à l'âge de 62/65 ans	7,2%	7,2%		7,2%	
Rente annuelle min. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	1'441	1'679	1'697*	1'780	1'799*
- en % du salaire coordonné	46,6	53,0	53,6	56,2	56,8
Rente min. expectative de veuve	865	1'007		1'068	
Rente min. expectative d'orphelin	288	336		356	
Rente annuelle max. à l'âge de 62/65 resp. 63 ans	11'528	13'422	13'564*	14'233	14'380*
- en % du salaire coordonné	23,3	26,5	26,8	28,1	28,4
Rente max. expectative de veuve	6'917	8'053		8'540	
Rente max. expectative d'orphelin	2'306	2'684		2'847	
6. Versement en espèces des prestations					
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	17'100	17'500		17'500	
7. Adaptation au renchérissement					
pour la première fois après une durée de 3 ans	2,7%	2,6%		1,7%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	2,7%	1,2%		-	
après une durée supplémentaire de 1 an	1,4%	0,5%		-	
8. Cotisations au Fonds de garantie					
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,05%	0,06%		0,06%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,03%	0,04%		0,04%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	111'240	113'940		113'940	
9. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage					
Salaire journalier minimal	94,90	97,25		97,25	
Salaire journalier maximal	284,80	291,70		291,70	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	11,90	12,15		12,15	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	189,90	194,45		194,45	
10. Montant-limite non imposable du pilier 3a					
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	5'933	6'077		6'077	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	29'664	30'384		30'384	

© 2003 by OFAS/CCG/Math/Marie-Claude Sommer/Berne-CH

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Les données annuelles dès 1985 peuvent être obtenues
par e-mail : marie-claude.sommer@bsv.admin.ch ou par tél. au 031/322.90.52

Explication des chiffres repères :	**art.**
1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS 34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à la déduction de coordination sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit leur 17ème anniversaire et pour la vieillesse dès le 1er janvier qui suit leur 24ème anniversaire. La déduction de coordination correspond à la rente AVS maximale. Le salaire coordonné minimal correspond à 1/8 de la déduction de coordination.	2, 7, 8 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 2 LPP
3. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'affiliation à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3,25% en 2003, de 2,25% en 2004). Dès 2002, la première valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 62 ans resp. des hommes qui atteignent 65 ans (âges de retraite légale dans la LPP). La deuxième valeur est celle des femmes qui atteignent l'âge de retraite de 63 ans, âge possible de retraite dès le 1.01.2001 (Loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la PP du 23.03.01 : LC).	15 LPP 12 OPP2 21 al. 1 OPP2 13 al. 1 LPP 1 LC
4. Selon l'article 196, chiffres 11 des dispositions transitoires complétant la Constitution fédérale, le législateur est tenu de prévoir des mesures particulières pour la génération d'entrée de la prévoyance professionnelle (personnes qui ont plus de 25 ans et qui n'ont pas atteint l'âge de la retraite au 1.1.85). On peut se référer à la brochure "Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée" qui paraît chaque année.	31, 32, 33 LPP 21 al. 2 OPP2 Brochure BCU 21 al. 1 OPP2 Brochure BCU
5. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal, compte tenu des bonifications complémentaires uniques. Rente de vieillesse LPP maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours maximal (* valeur inférieure qui doit être dépassée puisque le taux de conversion doit être adapté en conséquence selon l'art. 13 al. 2 LPP pour les femmes qui poursuivent leur activité lucrative jusqu'à 63 ans). Au décès d'un pensionné, la rente de veuve s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque pour les femmes continuent d'être calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite de 62 ans.	14 LPP 17 OPP2 14 LPP 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP 2 al. 2 LC 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP
6. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve et à 2 % pour la rente d'orphelin.	37 al. 2 LPP
7. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 62 ans pour les femmes resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 LPP
8. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables.	14, 18 OFG 15 OFG 16 OFG 56 al. 1c, 2 LPP
9. Les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al. 1bis LPP
10. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

© 2003 by OFAS/CCG/Math/Marie-Claude Sommer/Berne-CH

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 72

8 avril 2004

EDITION SPECIALE

426 Entrée en vigueur au 1er avril 2004 de la 1ère étape de la révision de la LPP, concernant la transparence la gestion primaire et la résiliation des contrats d'assurance collective

- Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 24.03.04 (version non officielle)
- Commentaires des modifications de l'OPP 2

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

04.170

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(OPP 2)

Modification du 24 mars 2004

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] est modifiée comme suit:

Section 3*a* Résiliation des contrats

Art. 16a Calcul du capital de couverture
(art. 53*e*, al. 8, LPP)

1 En cas de résiliation de contrats entre institutions d'assurance et institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage[2], le capital de couverture correspond au montant que l'institution d'assurance exigerait de l'institution de prévoyance pour la conclusion d'un nouveau contrat concernant les mêmes assurés et rentiers au même moment et pour les mêmes prestations. Les frais découlant de la conclusion d'un nouveau contrat ne sont pas pris en compte. Le taux technique correspond au maximum au taux le plus élevé selon l'art. 8 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage[3].

2 Les institutions d'assurance qui travaillent dans le domaine de la prévoyance professionnelle doivent régler le calcul du capital de couverture selon l'al. 1 et en soumettre la réglementation à l'approbation de l'Office fédéral des assurances privées.

3 L'institution de prévoyance qui transfère des rentiers à une autre institution de prévoyance doit communiquer à celle-ci les informations nécessaires au calcul et au versement des prestations.

Art. 16b Appartenance des rentiers en cas d'insolvabilité de l'employeur
(art. 53*e*, al. 7, LPP)

En cas de résiliation du contrat d'affiliation pour cause d'insolvabilité de l'employeur, les bénéficiaires de rentes sont maintenus dans l'institution de prévoyance jusque-là compétente; cette institution continue de s'acquitter des rentes en cours conformément aux dispositions réglementaires en vigueur jusque-là.

Art. 47, titre (renvoi entre parenthèses), al. 1 et 2

Tenue régulière de la comptabilité
(art. 65*a*, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

1 Les institutions de prévoyance et les autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle telles que les institutions de libre passage, les institutions pour des formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 82 LPP, les fondations de placement, l'institution supplétive et le fonds de garantie, sont responsables de l'établissement des comptes annuels. Les comptes annuels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Ils contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

1 RS 831.441.1
2 RS 831.42
3 RS 831.425

2 Les institutions de prévoyance doivent établir et structurer leurs comptes annuels conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26[4] dans leur version du 1er janvier 2004. Ces recommandations s'appliquent par analogie aux autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

Art. 48 Evaluation
(art. 65*a*, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

Les actifs et les passifs sont évalués conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. Les provisions nécessaires à la couverture des risques actuariels se calculent sur la base du rapport actuel de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 53, al. 2, LPP.

Art. 48a Frais d'administration
(art. 65, al. 3, LPP)

1 Les frais d'administration suivants doivent être indiqués dans le compte d'exploitation:

a. les coûts de l'administration générale;
b. les frais de gestion de la fortune;
c. les frais de marketing et de publicité.

2 Les frais d'administration doivent être indiqués conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26.

Section 2*a* Transparence

Art. 48b Information des caisses affiliées
(art. 65*a*, al. 4, LPP)

1 Les institutions collectives doivent communiquer à chaque caisse de pensions affiliée les principes déterminants pour le calcul des primes, de la participation aux excédents et des prestations d'assurance.

2 Les institutions d'assurance-vie ayant passé des contrats avec des institutions collectives doivent fournir à celles-ci les informations nécessaires sur la base de la comptabilité prévue à l'art. 6*a* de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur l'assurance-vie (LAssV)[5].

3 L'institution de prévoyance doit fournir sous une forme appropriée à la caisse affiliée les informations requises par l'art. 65*a*, al. 3, LPP. Le rapport actuel de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle établi conformément à l'art. 53, al. 2, LPP, sert de base pour ces informations.

Art. 48c Information des assurés
(art. 86*b*, al. 2, LPP)

La base de l'information des assurés par l'institution de prévoyance, conformément à l'art. 86*b*, al. 2, 2e phrase, LPP est constituée par le plus récent rapport de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle établi conformément à l'art. 53, al. 2, LPP.

Art. 48d Participation aux excédents résultant des contrats d'assurance
(art. 68, al. 4, let. a, et 68*a* LPP)

1 Le règlement de l'institution de prévoyance doit préciser les bases de calcul pour la participation aux excédents et les modalités pour la distribution de celle-ci.

2 L'institution de prévoyance doit établir un décompte annuel commenté et compréhensible concernant le calcul et le mode de répartition de la participation aux excédents.

4 Adresse pour la commande: Editions SKV, Hans Huber-Strasse 4, case postale 687, 8027 Zurich; téléphone: 01 283 45 21; fax: 01 283 45 65; e-mail: verlagskv@kvschweiz.ch; site internet: www.verlagskv.ch
5 RS **961.61**

Art. 57 Placements chez l'employeur
(art. 71, al. 1, LPP)

1 Dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, la fortune, diminuée des engagements et des passifs de régularisation, ne peut être placée sans garantie chez l'employeur.

2 Des placements sans garantie et des participations financières chez l'employeur ne peuvent pas, ensemble, représenter plus de 5 % de la fortune.

3 Les créances de l'institution de prévoyance envers l'employeur doivent être rémunérées à un taux d'intérêt conforme à celui du marché.

Art. 58, titre et al. 2

Garantie des créances envers l'employeur
(art. 71, al. 1, LPP)

2 Sont réputées garantie:

a. la garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une banque soumise à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques[6]. La garantie ne peut être établie qu'en faveur de la seule institution de prévoyance et elle doit être irrévocable et intransmissible;

b. les gages immobiliers jusqu'à concurrence des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble; les gages constitués sur des immeubles de l'employeur que ce dernier affecte pour plus de 50 % de leur valeur à des fins industrielles, commerciales ou artisanales ne peuvent pas valoir comme garantie.

Art. 59, al. 1

1 Les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56*a*, al. 1 et 5, ainsi que 57, al. 2, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49*a*, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel.

II

Dispositions transitoires de la modification du 24 mars 2004

1 Les institutions de prévoyance doivent adapter d'ici au 31 décembre 2004 leurs règlements et leur organisation aux nouvelles dispositions introduites par la présente modification.

2 Pour les placements et les participations chez l'employeur, ainsi que pour les gages immobiliers au sens de l'art. 58, al. 2, let. b, déjà existants au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification, les nouvelles limitations s'appliquent à partir du 1er janvier 2006.

III

La présente modification entre en vigueur le 1er avril 2004.

24 mars 2004 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

6 RS **952.0**

Commentaire

Commentaire article par article

Section 3 a. Dispositions relatives à la résiliation des contrats d'affiliation

Art. 16a Droits lors de la résiliation de contrats

L'article 16a se base sur l'art. 53e al. 8 LPP, selon lequel le Conseil fédéral règle les détails lors de la résiliation des contrats, en particulier les exigences pour la justification des frais et calcul de la réserve mathématique.

L'alinéa 1 énonce, pour le calcul du capital de couverture, ce que l'on appelle le principe de la "porte tournante" ("Drehtürprinzip"), comme c'est déjà le cas pour les principes qui régissent les sorties individuelles dans la loi fédérale sur le libre passage. Cela signifie que l'institution d'assurance-vie doit transmettre le capital de couverture qui correspondrait au montant que l'institution d'assurance exigerait pour l'affiliation des mêmes assurés et rentiers au même moment et pour les mêmes prestations que l'institution de prévoyance, duquel ne peuvent être déduits les frais de conclusion du contrat pour la nouvelle affiliation, ceux-ci ne faisant pas partie du capital de couverture.

L'alinéa 2 oblige les institutions d'assurance-vie à régler clairement le calcul du capital de couverture et à faire approuver cette réglementation par l'Office fédéral des assurances privées.

L'alinéa 3 règle le devoir d'information lorsqu'une institution de prévoyance transfère des pensionnés à une autre institution de prévoyance. L'institution de prévoyance cédante doit communiquer à l'institution de prévoyance reprenante les informations nécessaires au calcul et au versement des prestations.

Art. 16b Appartenance des rentiers en cas d'insolvabilité de l'employeur

L'art. 16b règle l'appartenance des pensionnés lorsque le contrat d'affiliation est dénoncé en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Etant donné que les actifs quittent l'institution de prévoyance affiliée et que les pensionnés restent, cela donne lieu à une liquidation partielle. La fortune qui reste dans l'institution de prévoyance jusque-là compétente continue de servir au versement des rentes en cours. Si l'institution de prévoyance affiliée devenait elle-même insolvable à cause de l'insolvabilité de l'employeur, le fonds de garantie devrait alors intervenir pour la couverture des prétentions réglementaires conformément aux art. 56 LPP et 25 OFG.

b. Dispositions relatives à la transparence

Art. 47 Tenue régulière de la comptabilité

Alinéa 1, 1ère phrase : il faut biffer le début de la 1ère phrase, car ce n'est plus l'institution de prévoyance elle-même qui fixe les principes comptables à observer ; ces principes sont désormais fixés par les recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. d'après l'art. 47, alinéa 2. Les prescriptions comptables de l'OPP 2 s'appliquent non seulement aux institutions de prévoyance mais également aux autres institutions qui sont actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle (institutions de libre passage, institutions du pilier 3a, fondations de placement, institution supplétive et fonds de garantie).

Alinéa 2 : la teneur actuelle de cette disposition oblige les institutions de prévoyance, dans le cadre de leur comptabilité, d'établir et de structurer les comptes annuels conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes[7]. La modification de la présente disposition a pour but d'intégrer les recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 qui régissent la tenue des comptes pour les institutions de prévoyance. Il ne s'agit pas d'un élément nouveau étant donné que les principes à la base de ces normes sont déjà en partie appliqués dans la pratique. La recommandation a essentiellement pour but de faire ressortir clairement la situation financière réelle de l'institution de prévoyance, conformément à la législation en la matière. D'autre part, ces normes définissent en particulier l'état et le développement des fonds libres, respectivement des lacunes de prévoyance. Elles contiennent des prescriptions quant à la manière de tenir le bilan, le compte d'exploitation et l'annexe d'une institution de prévoyance. Celles-ci sont donc d'une grande utilité pour concrétiser le principe de la transparence au plan comptable. Compte tenu des particularités des institutions qui sont actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle, ces recommandations comptables s'appliquent à celles-ci seulement par analogie.

Art. 48 Evaluation

Il est nécessaire d'adapter cette disposition aux nouvelles recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. Selon ces normes, les actifs sont évalués en principe à la valeur du marché à la date du bilan. Pour les actifs qui ne font pas l'objet d'un négoce public régulier et pour lesquels il n'y a donc pas de valeur de marché, il faut se baser sur les valeurs de rendement réalisables durablement. Les taux d'escompte appliqués pour déterminer les valeurs de rendement doivent être publiés dans l'annexe aux comptes annuels. Si l'on ne connaît pas de valeurs actuelles pour les actifs ou si l'on ne peut pas en fixer, on appliquera exceptionnellement les valeurs d'acquisition diminuées des pertes de valeurs décelables. Pour les passifs, les provisions nécessaires pour des risques actuariels, en particulier les capitaux de prévoyance et réserves techniques conformément à Swiss GAAP FER 26, chiffre 7 lit. H, doivent se fonder sur une expertise technique de l'expert. Swiss GAAP FER 26 (chiffre 4) n'exige en principe pas un rapport annuel, mais permet l'actualisation de différents éléments des capitaux de prévoyance et des réserves techni-

7 Pour les détails concernant cet article cf. la publication de l'OFAS « Nouvelles prescriptions en matière d'établissement des comptes et de placements », in «Aspects de la sécurité sociale» du 15 octobre 1996, no 3/96, p. 33ss.

ques lorsque ce conduit à un précis. Lors de modifications essentielles ou d'un découvert, l'actualisation n'est cependant pas admise.

Art. 48a Frais d'administration

Cette disposition d'ordonnance se base sur l'art. 65, al. 3, LPP qui donne mandat au Conseil fédéral d'édicter des dispositions sur les frais d'administration et sur la manière dont ceux-ci doivent être pris en compte.

Le législateur a voulu éviter des dépenses excessives en relation avec l'information des assurés (art. 65a, al. 4, LPP), de sorte que la comptabilisation séparée des différents frais administratifs se limite aux trois catégories suivantes :

a) les frais de l'administration générale

Ils comprennent principalement les frais de personnel (exceptés ceux en relation avec la gestion de fortune), les frais de locaux (frais d'entretien, d'exploitation et d'amortissement des immeubles, mobilier, hardware et software, etc), les frais de matériel, les frais liés à la comptabilité et à la révision (interne et externe), ainsi que les frais pour les experts LPP et pour les autres mandats à des tiers.

b) les frais de la gestion de fortune

Ils couvrent tous les frais propres à la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance. Ce sont en particulier tous les frais facturés par les établissements bancaires, les charges salariales ainsi que les frais de tiers intervenants dans le cadre de l'application spécifique de l'article 49a et 50 OPP 2.

c) les frais de marketing et de publicité

Ils portent sur toutes les dépenses effectuées dans le cadre de la promotion d'une fondation collective ou commune. Ceux-ci sont principalement de l'ordre de frais de création, production et publication d'imprimés ainsi que de frais de promotion. Font également partie de ces frais, les frais de distribution (agence) et de commissions (courtage).

Art. 48b Information des caisses affiliées

Selon l'alinéa 1 de cette disposition, les fondations collectives doivent communiquer à chaque caisse de pensions affiliée les données annuelles spécifiques à celle-ci au sujet des primes, des excédents et des prestations d'assurance. La fondation collective doit indiquer aux différentes caisses de pensions affiliées comment elle a calculé les primes et préciser la part des primes liée aux frais. L'institution de prévoyance doit aussi communiquer à chaque caisse de pensions affiliée quelle est la part des excédents qu'elle transfère à celle-ci et la manière dont ceux-ci sont pris en compte.

L'alinéa 2 stipule que les institutions d'assurance-vie doivent, pour remplir les obligations qui leur incombent, fournir aux fondations collectives les informations nécessaires découlant de l'article 6a de la loi sur l'assurance-vie (LassV).

Art. 48c Information des assurés

Selon cette disposition, l'information des assurés selon l'art. 86b, al. 2, 2e phrase, est basée sur le rapport le plus récent de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle.

Art.48d Participation aux excédents résultant des contrats d'assurance

La présente disposition rend possible la transparence en ce qui concerne la répartition des excédents. Elle instaure en partie un système d'information en cascade : tout d'abord, l'institution d'assurance doit calculer la participation aux excédents en déterminant la part à rétrocéder aux institutions de prévoyance et aux caisses de pensions affiliées, conformément à l'art. 6a, al. 3 et 4, de la loi fédérale sur l'assurance directe sur la vie (LAssV[8]). Dans un deuxième temps, l'information concernant la participation aux excédents sera transmise à l'institution de prévoyance en vertu des art. 68, al. 3 et 4, let. a, LPP et 48b OPP 2 ; elle sera ensuite communiquée à chaque caisse de pensions affiliée en vertu des art. 65a, al. 4, LPP et 48b OPP 2.

D'après l'alinéa 1, le règlement de prévoyance doit indiquer quels sont les principes pour calculer la participation aux excédents conformément à l'art. 6a, al. 3, LAssV. Il doit également fixer la marche à suivre pour la distribution de la participation aux excédents.

Selon l'alinéa 2, l'institution de prévoyance doit établir chaque année un décompte permettant de comprendre comment la participation aux excédents est calculée dans le cas d'espèce et comment s'effectue la distribution de celle-ci.

c. Placements chez l'employeur

Art. 57 Placements chez l'employeur

L'alinéa 1 précise désormais clairement quelle est la fortune liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, à savoir la fortune diminuée des engagements et des passifs de régularisation.

L'alinéa 2 limite les placements sans garantie de fonds libres chez l'employeur à 5 % de la fortune de l'institution de prévoyance. Ce taux correspond du reste à celui qui est retenu tant par l'OCDE que par la Directive CE 2003/41, lesquels limitent les placements auprès de l'employeur à un maximum de 5 % de la fortune de l'institution de retraite. En pratique, il s'est avéré que de tels placements de l'institution de prévoyance sont problématiques car ils sont souvent nouvellement conclus ou augmentés lors de difficultés éco-

8 RS 961.61

nomiques de l'employeur et parce qu'ils ne sont plus du tout ou plus totalement couverts lors d'une faillite ultérieure de l'employeur et ce, malgré le privilège de faillite de la 1ère classe (art. 219 al. 4 lit. b LP). Craignant de perdre leur place de travail, les représentants des employés au conseil de fondation se trouvent dans une situation de contrainte lors d'une décision portant sur d'un placement chez l'employeur. Pour assainir la situation financière de l'employeur, il est possible, aux conditions fixées par la Commission fédérale de recours LPP[9], de procéder à un abandon de créance si tous les destinataires y consentent. Ceux-ci exigent généralement un abandon de créance de la part de l'institution de prévoyance afin que les banques participent à l'assainissement. Les destinataires se trouvent ici également dans une situation de contrainte en raison de leur crainte de perdre leur place de travail et il ne leur reste pas d'autre moyen que d'y consentir. Fréquemment, l'employeur tombe tout de même en faillite et les employés ont perdu aussi bien leur prévoyance que leur place de travail.

Par ailleurs, cette restriction correspond à ce qui a été demandé par le Postulat déposé par le Groupe socialiste au Conseil national, no. 02.3420 – « LPP. Réexamen des règles de placement » du 17 décembre 2002 lequel prie le Conseil fédéral de revoir les plafonds applicables aux placements sans garantie chez l'employeur. D'autre part, on prend en considération les critiques de certains milieux, en particulier des autorités de surveillance qui constatent que des abus liés aux limites actuelles sont malheureusement impossibles à éviter.

Alinéa 3 : d'après l'art. 54, let. a, OPP 2, les institutions de prévoyance peuvent effectuer des placements sans limitation auprès de la Confédération, des cantons, ainsi qu'auprès des banques et des assurances ayant leur siège en Suisse. Les collectivités publiques sont en effet considérées comme de bonnes débitrices. Quant aux banques et aux compagnies d'assurances, elles doivent observer les prescriptions sur les fonds propres et sont soumises aux autorités de surveillance. C'est pourquoi, de tels placements de l'institution de prévoyance sont considérés comme sûrs. Dans la pratique actuelle, les alinéa 1 et 2 de l'art. 57 ne sont en règle générale pas appliqués à la caisse fédérale de pensions et aux caisses de pensions des cantons, des banques et des assurances. Comme il s'agit là d'une pratique controversée, il est nécessaire d'admettre clairement cette pratique dans l'alinéa 3, pour mettre fin à l'insécurité juridique.

L'alinéa 4 demeure inchangé.

Art. 58, al. 2 Garantie

La lettre a est complétée par une deuxième phrase selon laquelle la garantie doit être formulée de telle sorte qu'elle ne concerne que l'institution de prévoyance et qu'elle soit *intransmissible*. Ceci permet de protéger la fortune de l'institution de prévoyance car ainsi, la garantie ne pouvant pas être faite de manière profitable en faveur de l'employeur, les abus peuvent être évités.

9 Voir SZS 1988, pages 263 ss (Décision de la commission de recours LPP du 18.6.87)

La lettre b est modifiée de telle sorte que les immeubles de l'employeur affectés à des fins industrielles, commerciales ou artisanales de plus de la moitié de leur valeur vénale ne peuvent plus être mis en gage. Cette modification se justifie de par le fait que de tels biens *immobiliers*, en raison des difficultés économiques ou de la faillite de l'employeur, peuvent perdre dans un laps de temps très court pratiquement toute leur valeur parce que l'utilisation initiale n'est plus possible. Ils sont inappropriés comme garantie.

Art. 59, al. 1 Extension des possibilités de placement

En raison de la modification de l'art. 57, al. 2 et 3, cet alinéa doit être modifié dans le sens que l'extension des possibilités de placement selon l'art. 57, al. 3, n'est plus possible, vu que ce *dernier alinéa* régit désormais les possibilités de placements illimitées auprès de certains employeurs (Confédération, cantons, banques ou assurances ayant leur siège en Suisse).

Dispositions transitoires de la modification du 24 mars 2004

Alinéa 1 : pour permettre la modification des règlements et l'adaptation de leur organisation (par ex. système informatique) aux nouvelles dispositions, un délai transitoire jusqu'au 31 décembre 2004 est octroyé aux institutions de prévoyance. Les nouveaux standards en matière d'établissement des comptes seront appliqués pour la première fois aux comptes annuels 2005.

Alinéa 2 : les institutions de prévoyance disposent d'un délai transitoire jusqu'au 1er janvier 2006 pour s'adapter aux nouvelles dispositions régissant les placements chez l'employeur et les garanties pour de tels placements.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE N0 73

8 avril 2004

EDITION SPECIALE

427 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

04.172

427 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales examine chaque année, selon l'art. 44a OPP 2, la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. Comme l'année dernière, il réalisera une enquête auprès des autorités de surveillance, qui ne portera toutefois que sur la situation des institutions de prévoyance présentant un découvert.

Cette enquête auprès des autorités de surveillance étant en principe exhaustive – toutes les institutions de prévoyance présentant un découvert sont prises en compte –, ses résultats ne seront connus que vers la fin de l'année. Mais toutes les parties concernées, comme les associations, les milieux politiques et économiques, et les autorités impliquées, souhaitent pouvoir évaluer la situation financière des institutions de prévoyance plus tôt dans l'année.

C'est pourquoi, comme l'année dernière, l'OFAS recommande de participer à l'enquête ci-jointe. Il s'agit du « Risk Check Up » réalisé chaque année par AWP Sécurité sociale, en collaboration avec la société Complementa Investment-Controlling SA. Cette analyse, fondée sur un relevé et des calculs standardisés, permet d'évaluer la capacité de risque des institutions qui fournissent des données. Les actifs et passifs sont analysés à la date du 31 décembre 2003, l'examen portant sur l'adéquation entre la structure de la fortune, ou le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles.

L'enquête sera d'autant plus représentative que les institutions participantes seront nombreuses. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration, afin que l'échantillon soit aussi représentatif que possible.

Nous voudrions également remercier toutes les institutions de prévoyance qui ont déjà participé à cette enquête l'année dernière. Nous espérons que vous serez encore plus nombreux à fournir des informations cette année.

L'évaluation des résultats globaux sera adressée à tous les participants.

Les institutions participantes ont par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur propre situation. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par AWP Sécurité sociale.

Le questionnaire d'AWP ci-joint permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 74

30 avril 2004

Table des matières

Indications

428 Union Européenne - Attestation du droit à une rente, formulaire E 121

Prise de position de l'OFAS

429 Prélèvement des avoirs du pilier 3a - âge terme
430 Produits destinés à compléter le régime de retraite, fondés sur l'art. 339b CO

Jurisprudence

431 Accession à la propriété du logement: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?
432 Durée des réserves de santé dans le domaine surobligatoire et procédure
433 Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve
434 Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de bonne foi)
435 Réserves de santé rétroactives ou dénonciation du contrat?
436 Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres
437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003
438 Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public
439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage
440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce
441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort
442 Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement
443 Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé

Erratum

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

428 Union Européenne - Attestation du droit à une rente, formulaire E 121

Depuis l'entrée en vigueur au 1er juin 2002 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), en particulier de son annexe II qui prévoit l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale[1], les personnes qui perçoivent une rente ou pension suisse (rentiers) et qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne (UE) sans percevoir une rente ou pension de cet Etat peuvent bénéficier dans cet Etat pour le compte de l'assurance-maladie suisse des prestations en nature en cas de maladie. Pour cela, elles sont tenues d'être assurées auprès d'une caisse-maladie suisse et doivent être au bénéfice du formulaire E 121.

Ce formulaire atteste de leur droit à une rente ou pension. Il est délivré par la caisse-maladie compétente en Suisse qui complète la partie A (chiffres 1, 2, 5, 6 et 7). La caisse-maladie le transmet ensuite à l'institution débitrice de la rente ou pension, habilitée à compléter les rubriques sous chiffres 3 et 4 de la partie A. Il s'agit le plus souvent de la Caisse suisse de compensation (CSC), à Genève, dès lors que le rentier perçoit une rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité (AVS/AI, 1er pilier). Il peut également s'agir de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié le dernier employeur du rentier, si ce dernier ne perçoit qu'une rente ou pension de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (PP, 2ème pilier). Dans ces cas, les institutions de prévoyance sont donc tenues de remplir le formulaire E 121, partie A, chiffres 3 et 4.

Cette situation peut notamment se produire lorsque les assurés perçoivent une prestation de vieillesse anticipée de la PP. Cela concerne non seulement les bénéficiaires d'une rente anticipée mais également les assurés qui ont choisi le versement d'un capital en lieu et en place de la rente; en effet, il faut considérer le bénéficiaire du capital comme un rentier puisque le versement en capital est uniquement une modalité de paiement de la prestation de retraite et ne change pas la nature de la prestation. En revanche, les bénéficiaires de la prestation de sortie ne sont pas considérés comme des rentiers et n'ont pas droit à un formulaire E 121. A noter également, que les bénéficiaires de rente ou pension de la PP qui exercent parallèlement une activité lucrative (p. ex. les personnes qui présentent un taux d'invalidité inférieur à 40%) ne sont pas non plus considérés comme rentiers au sens du règlement (CEE) n° 1408/71. En effet, ces personnes gardent la qualité de travailleurs et ne sont pas mis au bénéfice du formulaire E 121. Les travailleurs sont assujettis à la législation de sécurité sociale de l'Etat dans lequel ils exercent leur activité lucrative et sont affiliés à l'assurance-maladie de cet Etat.

---

[1] Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, adapté selon l'annexe II à l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part, RS 0.831.109.268.1: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_831_109_268_1.html .

En ce qui concerne les modalités d'application, il appartient à l'assuré de soumettre le formulaire E 121 dûment complété par la caisse-maladie à l'institution de prévoyance compétente. En effet, la caisse-maladie n'a pas connaissance de l'institution de prévoyance auprès de laquelle le dernier employeur de son assuré est affilié. Les procédures détaillées sont disponibles sur le site internet Assurances sociales/ Pratique, http://www.assurancessociales.admin.ch, sous rubrique "International", "Formulaires", "Indications générales".

Prise de Position de l'OFAS

429 Prélèvement des avoirs du pilier 3a - âge terme

L'indépendant qui recourt à un versement du pilier 3a pour amortir une dette hypothécaire ou pour l'achat d'un logement peut faire valoir ce droit au plus tard trois ans avant d'atteindre l'âge lui donnant droit au versement de la prestation du pilier 3a. En l'espèce, les prestations du pilier 3a sont exigibles cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge légal de la retraite. Pour un homme, cette date butoir est actuellement de 60 ans alors que pour une femme elle est de 57 ans. Un homme devra donc faire son choix avant l'âge de 57 ans et une femme avant l'âge de 54 ans. Cette disposition permet une certaine coordination avec la réglementation qui s'applique en matière de 2ème pilier, car l'article 3 alinéa 3 OPP3 permet à l'assuré de percevoir sa prestation du pilier 3a pour le logement. Si le règlement prévoit que la prestation de vieillesse est exigible avant l'âge légal de la retraite, il y a lieu de compter à partir de cette date réglementaire, ainsi que le prescrit la jurisprudence du TFA (ATF 124 V 276). Dès lors, il n'y a pas de raison de prévoir une réglementation différente s'agissant du pilier 3a.

430 Produits destinés à compléter le régime de retraite, fondés sur l'art. 339b CO

Certains produits proposés par des assureurs en se fondant sur l'art. 339b CO sous forme d'un versement d'une indemnité consistant à combler des lacunes de prévoyance ne peuvent pas être considérés comme de la prévoyance du pilier 2a et, de ce fait, bénéficier des mêmes exonérations fiscales. Si, à l'évidence, l'indemnité au sens de l'art. 339b CO visait avant tout un but de prévoyance, à un moment où la LPP n'existait pas encore, le législateur a néanmoins prévu que cette indemnité pouvait être déduite des prestations de prévoyance éventuellement versées (art. 339d CO), si, par exemple, l'employeur avait déjà introduit une caisse de pensions en faveur de son personnel. Il s'ensuit que, progressivement, la prévoyance professionnelle est appelée à remplacer cette indemnité. Lorsque, pour une raison ou une autre, les salariés ont une lacune de prévoyance, celle-ci ne peut être comblée que par les moyens mis en place par la loi sur le libre passage (rachats, notamment), mais pas par des produits dérivés des assurances et autres formes, pour bénéficier des privilèges fiscaux. Dès lors, ces produits doivent être considérés

comme du pilier 3b et donc non soumis à la loi sur le libre passage ni aux dispositions fiscales applicables au 2ème pilier.

Jurisprudence

431 Accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle: peut-on également englober dans un contrat de mise en gage de la prestation de libre passage dans le cadre du 2e pilier ou du pilier 3a les intérêts de retard, les frais de réalisation du gage ou divers autres frais?

(art. 30b LPP, art. 1, al. 1 OEPL, art. 3 al. 3 et 4 OPP3)

Les articles 1, ler alinéa, OEPL et 3, 3e alinéa, OPP3, concrétisent les trois buts pour lesquels l'assuré est en droit d'utiliser les ressources de la prévoyance professionnelle en vue d'accéder à la propriété du logement, en l'occurrence pour:

a. Acquérir ou construire un logement en propriété;
b. Acquérir des participations à un logement;
c. Rembourser des prêts hypothécaires.

Dans le commentaire de l'OEPL, il a été précisé concernant la lettre c que pour une annuité, il incombe de veiller à ce que le versement anticipé ne serve qu'à rembourser la part d'amortissement et non pas la part constituée des intérêts hypothécaires à payer. En revanche, la mise en gage peut, à la différence du versement anticipé, servir à garantir les intérêts hypothécaires capitalisés (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 30 –édition spéciale-, du 5 octobre 1994, p. 25). En d'autres termes, on peut déduire de ce qui précède que dans un premier temps il n'est pas possible de constituer une mise en gage de la prestation de libre passage uniquement pour couvrir les intérêts d'une dette hypothécaire ou pour garantir en faveur du créancier gagiste, en général un institut bancaire, d'autres créances liées à la conclusion du contrat hypothécaire, tels le paiement des intérêts de retard, les frais de réalisation du gage, les commissions, etc.

En second lieu, d'autres motifs qui ressortissent du droit de la prévoyance s'opposent à cette extension des possibilités de mise en gage.

En effet, faire également bénéficier, au moyen de la mise en gage, d'autres créances que celles qui sont prévues par le législateur en vue de favoriser l'accession à la propriété du logement irait à l'évidence à l'encontre de l'objectif visé par la LPP. Les ressources de la prévoyance professionnelle ne peuvent être utilisées que pour les buts fixés de manière exhaustive aux articles 1, alinéa 1, OEPL et 3, alinéa 3, OPP3, mais non à d'autres fins.

D’autre part, un élargissement de la couverture de la mise en gage diminuerait d’autant la protection de prévoyance de l’assuré. L’article 891 alinéa 2 CCS n’a donc pas son pendant dans la prévoyance professionnelle.

432 Durée des réserves de santé dans le domaine surobligatoire et procédure

(Réf. à un jugement du TFA du 18.06.03 dans la cause S., B 66/02 ; jugement en allemand)

(Art. 331c CO)

La question délicate que le TFA devait résoudre était celle de déterminer la portée temporelle des effets juridiques de la réserve pour raison de santé. Pour l’examen de ce point, les dispositions réglementaires en vigueur au moment du litige sont déterminantes quant au droit aux prestations de prévoyance (ATF 121 V 97ss). Le règlement applicable dans le cas présent ne contenait aucune disposition en vertu de laquelle les assurés atteints d’une incapacité de travail survenue dans le délai de cinq ans de la réserve de santé ne pouvaient prétendre qu’à des prestations de l’assurance obligatoire. Il s’agit donc de trancher uniquement si ce principe découle de la réglementation en matière de prévoyance professionnelle. On ne peut y répondre que par la négative. La réserve de santé est une limitation individuelle, concrète et temporelle de la protection d’assurance (ATF 127 III 238, consid. 2c). Elle échoit au terme de la période de la réserve avec pour conséquence que l’assuré est réintégré dans son droit, qui était suspendu auparavant. Il en va de même lorsque le risque faisant l’objet d’une réserve se réalise pendant la durée de cette même réserve. Dans ces cas de figures, l’assuré ne doit pas être privé de son droit aux prestations pendant toute la durée d’assurance. C’est dans ce sens que s’est prononcé le Tribunal fédéral des assurances en statuant sur le droit aux indemnités journalières selon les anciens art. 5 al. 3 LAMA et 2 al. 2 de l’ord. III relative à la LAMA et en a déduit que la durée du droit aux indemnités journalières ne débute qu’à partir du moment où la réserve prend fin (ATF 115 V 392 et ss consid. 4b et références citées et consid. 5). Même si le présent litige porte sur un droit aux prestations ayant trait à la prévoyance surobligatoire, toute autre solution n’est guère envisageable. Il ne ressort pas de la teneur de l’article 331c CO que le droit aux prestations s’éteint définitivement lorsque le cas d’assurance survient pendant la durée de la réserve. Au contraire, la faculté de suspendre en général les prestations d’assurance pour les risques de décès et d’invalidité est limitée à cinq ans au plus. Cette jurisprudence a été confirmée depuis.

Le TFA apporte au surplus dans cet arrêt un nouvel élément en considérant que le Tribunal cantonal peut se saisir d’une prétention en procédure qui n’est pas chiffrée et n’examiner que la question du droit à la prestation d’assurance tout en renvoyant l’affaire à l’institution de prévoyance afin qu’elle détermine le montant exact de la prestation.

(Nouveauté par rapport à l'arrêt du 3 juin 2002 résumé dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 64, sous chiffre 389 ou jugement du 7.1.2003 B 49/00).

433 Obligation de verser des prestations suite à une admission expresse et sans réserve

(référence à un arrêt du TFA du 22.08.2003, cause W., B 101/02, en allemand)

W. exerçait une activité professionnelle depuis janvier 1994. Suite à une maladie en juin 1994, elle devint invalide et obtint de l'AI une demi-rente pour cas pénible (avec un degré d'invalidité de 47 %), puis un quart de rente. Durant cette période, l'AI fit effectuer un recyclage à W. qui changea deux fois de place de travail, la seconde fois à fin juillet/début août 1998. W. travaillait à 50 % dans le cadre de ce dernier emploi. Suite à une aggravation de son état de santé survenue en mars 1999, W. obtint une rente entière de l'AI dès le 1er juin 1999. W. dut cesser complètement son activité lucrative pour raisons de santé à partir de fin novembre 1999. L'institution de prévoyance où elle était assurée en dernier lieu était une caisse enveloppante qui accordait des prestations d'invalidité en se basant sur les décisions de l'AI. En cas d'état de santé insatisfaisant, il est possible de limiter les prestations conformément au règlement. Lors de son entrée, l'assurée a informé correctement l'institution de prévoyance sur son état de santé. Par la suite, l'institution de prévoyance confirma expressément, sur la base de ses investigations médicales, qu'elle assurait sans réserve W. pour son activité lucrative à 50 %.

Au stade du recours auprès du TFA, il n'était plus contesté que W. n'avait pas droit à des prestations d'invalidité de la part de la dernière institution de prévoyance dans le cadre de la prévoyance obligatoire, car l'incapacité de travail a débuté avant que W. ne soit assurée auprès de cette institution. Dans la prévoyance surobligatoire, les rapports entre l'institution de prévoyance et la personne assurée sont définis par le règlement, qui constitue le contenu préformulé du contrat de prévoyance, respectivement les conditions générales (CG) de celui-ci, et qui doit être interprété selon le principe de la confiance. Il résulte de cette interprétation que W. pouvait se fier à la déclaration de l'institution de prévoyance et considérer qu'elle serait aussi assurée si elle venait à cesser son activité lucrative résiduelle à 50 % à cause de l'aggravation d'une atteinte à la santé préexistante. La dernière institution de prévoyance doit verser des prestations d'invalidité de la prévoyance surobligatoire en cas de cessation de l'activité lucrative résiduelle, alors qu'il n'y a pas une telle obligation de la part de l'ancienne institution de prévoyance, où W. était assurée lorsque son incapacité de travail a débuté.

434 Obligation de verser des prestations sur la base de renseignements erronés (protection de la bonne foi)

(référence à un arrêt du TFA du 24.10.2003, cause B., B 59/01, en allemand)

En vue d'une éventuelle résiliation anticipée des rapports de travail, B. a demandé à son institution de prévoyance (de droit public) des renseignements sur le niveau de ses expectatives de prévoyance ; sur la base de ceux-ci, elle a effectivement quitté son emploi. Par la suite, il fut constaté que le montant des prestations confirmé à plusieurs reprises avait été calculé de manière trop élevée. En l'espèce, le TFA a considéré que B. devait être protégé dans sa bonne foi, car les conditions suivantes étaient remplies :

1. l'autorité était intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée;
2. elle était compétente pour donner les renseignements en question;
3. B. ne pouvait sans autre se rendre compte de l'inexactitude des renseignements obtenus;
4. B. s'était fié aux renseignements donnés pour prendre des dispositions qu'il ne pouvait modifier sans subir un préjudice (en l'occurrence, résiliation des rapports de travail);
5. la loi n'avait pas changé depuis le moment où les renseignements avaient été donnés.

Par conséquent, l'institution de prévoyance devait verser à B. une prestation de sortie égale au montant trop élevé qu'elle lui avait communiqué de manière erronée.

435 Une institution de prévoyance peut émettre des réserves de santé pour les risques décès et invalidité dans le cadre de la prévoyance surobligatoire. Comme il ne peut y avoir de réserve rétroactive, l'institution de prévoyance a le droit de se départir du contrat en cas de réticence.

(référence à un arrêt du TFA du 28.10.2003, cause A.L., B 15/02 et B 16/02, publié aux ATF 130 V 9, en allemand)

(art. 14 LFLP, art. 331a-c CO et art. 4 ss LCA)

L'art. 331c CO, entré en vigueur le 1er janvier 1995, permet à l'institution de prévoyance de faire des réserves pour raisons de santé dans la prévoyance surobligatoire. Par conséquent, elle peut exiger de la personne nouvellement assurée de remplir un questionnaire sur son état de santé en relation avec un risque d'assurance d'une certaine importance et de réduire la couverture de ce risque au niveau ordinaire. La durée de réduction de la couverture d'assurance est toutefois limitée à 5 ans.

En ce qui concerne la possibilité de faire des réserves de santé rétroactives, il existe une différence fondamentale entre la prévoyance professionnelle surobligatoire (art. 331c CO), d'une part, et l'assurance-maladie et l'assurance facultative d'indemnités journalières (ancien art. 5, al. 3, LAMA et art. 69 LAMal), d'autre part. La réserve de santé dans l'assurance-maladie entraîne une exclusion temporaire de la couverture d'assurance seulement pour une maladie clairement déterminée, alors qu'il n'y a aucune réduction de l'assurance pour toutes les autres maladies pouvant survenir pendant la durée de couverture de l'assurance. Par contre, dans la prévoyance professionnelle surobligatoire, une réserve pour les risques décès et invalidité (entière) ne peut avoir un effet rétroactif après que le risque en question s'est déjà réalisé. Par conséquent, la jurisprudence sur les réserves rétroactives en relation avec l'art. 5, al. 3, LAMA ne peut pas être appliquée dans le cadre de l'art. 331c CO. Une réserve rétroactive pour les cas de décès et d'invalidité dans le cadre de l'art. 331C CO équivaudrait à une exclusion des prestations dès la survenance du risque. L'art. 331c CO n'admet donc que les réserves qui ont été émises expressément par l'institution de prévoyance lors de l'entrée de l'assuré. Comme correctif à l'interdiction des réserves rétroactives, l'institution de prévoyance a la possibilité de se départir du contrat en cas de réticence. L'art. 331a, al. 1, CO, selon lequel la prévoyance commence le jour où débutent les rapports de travail, ne s'oppose pas à une telle possibilité, cela d'autant plus que l'art. 331c CO permet d'exclure la couverture d'assurance pour un risque de santé élevé durant une certaine période.

La possibilité de se départir du contrat n'est pas non plus exclue par l'art. 14 LFLP. L'art. 14, al. 1, LFLP, empêche certes que la prestation de sortie apportée soit réduite par une réserve en cas de changement d'emploi; toutefois, il n'y a pas de remise en question du

droit de la nouvelle institution de prévoyance de se départir du contrat de prévoyance pour annuler rétroactivement la couverture de prévoyance surobligatoire développée au moyen des cotisations du nouvel employeur et de l'assuré.

Si le règlement de l'institution de prévoyance ne contient aucune disposition sur la réticence et ses conséquences, les art. 4 ss LCA sont alors applicables par analogie. Dans tous les cas, il faut examiner si l'institution de prévoyance a observé le délai de prescription, étant précisé que les faits connus par le réassureur sont aussi censés l'être par l'institution de prévoyance.

436 Moyens de droit lors de la détermination du droit au fonds libres

(Référence à deux arrêts du TFA du 14 novembre 2003 en les causes M. R., B 41/03, et A. R., B 53/03 ; arrêts rendus en allemand)

(Art. 23 et 25 LFLP ; art. 73 et 74 LPP)

L'art. 23, al. 1, LFLP dispose qu'en cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies et elle approuve le plan de répartition.

Les décisions des autorités de surveillance concernant l'approbation des plans de répartition en cas de liquidations partielles ou totales sont sujettes à recours conformément à l'art. 74 LPP ; la voie de la contestation selon l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte. Il s'ensuit que les griefs à l'encontre d'un plan de répartition doivent être formulés dans le recours administratif contre la décision d'approbation de l'autorité de surveillance.

Quant aux contestations relatives à la mise en œuvre du plan de répartition, elles opposent le travailleur à l'institution de prévoyance, ce qui signifie que c'est le tribunal institué par l'art. 73 LPP qui est compétent en pareil cas.

437 Divorce et prévoyance professionnelle : confirmation par le Tribunal fédéral de la prise de position de l'OFAS citée sous chiffre 401 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 66, du 17 janvier 2003

(Référence à l'arrêt du TF, du 18 décembre 2003 en la cause A., 5C.108/2003 ; arrêt en langue française)

(Art. 2 al. 1 et 2 et art. 22 al. 1, LFLP ; art. 122 et 124 CC)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle cité en exergue notre office a précisé qu'à la suite de l'arrêt du TFA du 24 juin 2002 (résumé dans le bulletin no 64, chiffre 390), il y a lieu de partir du principe que si l'assuré ne prend pas de retraite anticipée et qu'il a donc toujours droit à une prestation de sortie, il faudra par conséquent, en cas de divorce, procéder au partage, conformément à l'art. 122 CC, car il n'y a encore aucun cas de prévoyance vieillesse. Par contre, si l'assuré a déjà pris sa retraite anticipée, le juge de divorce accordera une indemnité équitable sur la base de l'art. 124 CC.

Le TFA a par ailleurs rendu un jugement dans la même sens (B 81/01 du 2 décembre 2002).

Le Tribunal fédéral de Lausanne, dans l' arrêt susmentionné, ne s'est pas écarté de ces principes. Dans un premier temps, il a tranché une question de procédure en rappelant que dans le cadre de l'application de l'art. 122 al. 1 CC, la question de savoir si l'un des époux dispose d'un droit à une prestation de sortie est un point qui découle du rapport de prévoyance et qui relève donc de la compétence matérielle du juge des assurances sociales. Toutefois, le juge de divorce, qui doit régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux, doit examiner ce problème à titre préjudiciel (ATF 128 V 41 consid. 1b, 2c et 3b).

Quant au partage de la prestation de sortie conformément à l'art. 122 al. 1 CC, le TF a porté l'accent sur le fait que selon la volonté du législateur, chaque époux, a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constitutée pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance «vieillesse» se produit donc au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance. Dans la procédure de divorce tant que l'assuré ne reçoit pas de telles prestations, il dispose donc d'une prestation de sortie et le partage est possible. Inversément, dès que l'assuré touche des prestations, le droit à la prestation de sortie s'éteint et seule une indemnité équitable peut être fixée selon l'art. 124 al. 1 CC.

438 Adaptation au renchérissement dans les rapports de prévoyance de droit public et voie de droit pour les prestations relevant de la liberté d'appréciation

(référence à un arrêt du TFA du 31 décembre 2003, B 34/02)

Les statuts d'une caisse de pension d'une commune prévoyaient que les rentes de vieillesse seraient adaptées au renchérissement dans la même mesure que les traitements du personnel actif. Le Conseil communal a mis en vigueur un nouveau règlement dès le 1.1.1998, qui prévoit que l'adaptation au renchérissement ne serait accordée désormais que « dans les limites financières de la caisse ». En 2001, il n'y a pas eu d'adaptation des rentes de vieillesse versées depuis plusieurs années avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement.

Selon le TFA, l'adaptation prévue dans le cadre de la prévoyance surobligatoire est régie en l'espèce par des normes de droit public. Par conséquent, l'interprétation des dispositions réglementaires doit s'effectuer selon les règles habituelles d'interprétation de la loi, cela contrairement aux prestations surobligatoires dans les rapports de prévoyance de droit privé, où le contrat de prévoyance doit être interprété selon le principe de la confiance. Cette interprétation aboutit au constat suivant : les anciennes dispositions statutaires ne constituent pas une réglementation fixée « une fois pour toutes » sans tenir compte de l'évolution de la législation, de sorte que les rentes déjà en cours doivent être soumises aux nouvelles dispositions sur l'adaptation au renchérissement dès l'entrée en vigueur de celles-ci.

Le TFA a précisé sa jurisprudence sur la délimitation des voies de droit des art. 73 et 74 LPP : selon la jurisprudence antérieure, une « prestation qui relève exclusivement de la liberté d'appréciation » constituait un critère déterminant pour la voie de droit de l'art. 74 LPP. Selon l'ATF 128 II 386, l'art. 73 LPP était applicable « lorsqu'un assuré a droit de toute façon à des prestations de retraite de la part de son institution de prévoyance (pour faire valoir celles-ci, il faut emprunter la voie de droit de l'art. 73 LPP), mais qu'il y a un désaccord entre l'assuré et l'institution concernant l'octroi de prestations plus étendues, qui seraient par exemple calculées en dérogeant aux règles de la pure technique d'assurance ». Le juge de l'art. 73 LPP est aussi compétent lorsqu'il existe un droit statutaire à la rente mais que le montant de la rente est influencé par une disposition potestative (« Kann-Vorschrift ») ; il n'y a alors pas de fractionnement des voies de droit. Cela ne contredit pas la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge de l'art. 73 LPP n'était pas compétent pour les prestations qui relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation, car les prestations litigieuses à l'époque n'avaient pas de base statutaire : soit des prestations relevant de la liberté d'appréciation dans un fonds purement patronal, soit la répartition de fonds libres dans le cadre d'une liquidation partielle ou totale, où il existait une grande marge d'appréciation.

439 Dans le cadre de la procédure de divorce, la voie de droit selon art. 73 LPP est également ouverte pour les litiges avec une institution de libre passage.

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 janvier 2004, dans l'affaire G.S., B 92/02 et dans l'affaire B.+ P.S., B 102/108/02, arrêts en langue allemande)

(Art. 122 et 142 CC, 22 et 25a LFLP)

Selon la jurisprudence du TFA la voie judiciaire selon l'art. 73 LPP n'est pas ouverte en cas de litige entre un assuré et une institution de libre passage (fondation bancaire, institution d'assurance) lorsque ce litige est en relation avec une police de libre passage ou un compte de libre passage et qu'il porte comme par exemple sur l'étendue et le moment de la prétention. Le TFA a toutefois confirmé la compétence du juge de la prévoyance pour la mise en oeuvre du partage des prestations de sortie dans le cadre d'une procédure de divorce.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce le 1er janvier 2000, le partage des prétentions de la prévoyance professionnelle entre les conjoints et la procédure y afférente, notamment la compétence du juge du divorce et du juge de la prévoyance, ont été nouvellement réglés. Conformément au nouveau droit du divorce (art. 122 al. 1 CC), toutes les prétentions découlant de rapports de prévoyance doivent en principe être partagées, qu'il s'agisse de rapports soumis à la LFLP, de polices ou de comptes de libre passage au sens de l'art. 10 LFLP.

En présence d'un cas d'application de l'art. 122 CC et si les conjoints n'ont rien convenu au sujet du partage des prestations de sorties ni sur la manière dont le partage sera exécuté, le juge du divorce fixe, conformément à l'art. 142 al. 1 CC, les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées. Dès que cette décision est entrée en force, le juge du divorce transmet d'office le litige au tribunal compétent selon la LFLP (art. 142 al. 2 CC). L'art. 25a LFLP, introduit avec la révision du droit du divorce, prévoit qu'en cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73 LPP doit, après que l'affaire lui a été transmise, exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée.

Avec l'introduction du nouveau droit du divorce dans les art. 141/142 CC et 25a LFLP, le législateur a - s'agissant des prestations de sortie provenant de la prévoyance professionnelle à partager selon l'art. 122 CC - coordonné la procédure de divorce avec la procédure sur les prétentions découlant de la prévoyance professionnelle et l'a placée sur une nouvelle base. Il n'a pas voulu uniquement englober les institutions de prévoyance dans cette coordination mais également les institutions de libre passage. Au vu des efforts législatifs de coordination, il ne fait pas de sens de diviser la procédure se rapportant à l'art. 142 CC selon qu'une institution de prévoyance ou une institution de libre passage

(société d'assurance-vie ou banque) gère pour une des parties au divorce un avoir de prévoyance ou une police de libre passage. À côté de la séparation entre tribunal du divorce et le tribunal des assurances, le législateur n'a pas voulu d'autre morcellement de la compétence juridique pour le partage des prestations de sortie.

440 Versement en espèces sans le consentement du conjoint, suivi d'un divorce

(référence à l'arrêt du TFA du 30 janvier 2004, en la cause A., B 19/03 ; arrêt en français)

(art. 5 et 22 LFLP, art. 122 CC)

L'examen de la validité du versement d'une prestation de sortie en espèces à un assuré, pendant la durée du mariage, est de la compétence du juge des assurances (ATF 128 V 41 consid. 2d).

Pour les personnes mariées, le versement de la prestation de sortie en espèces constitue un acte juridique soumis à la condition du consentement du conjoint (art. 5, al. 2, LFLP et arrêt du TFA du 10 octobre 2003, cause H., B 19/01). Seule l'institution de prévoyance, à qui une violation de son devoir de diligence ne peut être reprochée dans le versement de la prestation en espèces, s'acquitte valablement de son obligation et ne s'expose pas à devoir verser à nouveau la prestation de sortie. En l'espèce, la fondation W. a violé son devoir de diligence en accordant à son assuré un versement en espèces sans avoir requis le consentement de son épouse A. Par conséquent, W. reste tenue de fournir la prestation de sortie, qui peut dès lors être partagée en cas de divorce, conformément à l'art. 122 CC. C'est donc à tort que le tribunal cantonal des assurances a retenu qu'il était impossible d'effectuer ce partage.

Née le 30 septembre 1938, A. n'a jamais été assurée à la LPP. Le 30 septembre 2000, elle a atteint l'âge de 62 ans, donnant droit à des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle (art. 13, al. 1, lit. b, LPP). Cet élément à lui seul ne permet pas d'exclure le partage des avoirs de prévoyance (art. 22 LFLP et 122 CC) et d'imposer le versement d'une indemnité équitable (art. 124, al. 1, CC). Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur.

441 Une institution de prévoyance doit réparer le dommage résultant d'un paiement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne peut lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute.

(Référence à un arrêt du TFA du 2 février 2004 en la cause C. S., B 45/00 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 5, al. 2, et 22 LFLP ; art. 122 CC ; art. 97ss CO et art. 64, al. 1, LDIP)

Lorsqu'un jugement de divorce rendu à l'étranger est reconnu en Suisse, mais que la question des avoirs de prévoyance n'a pas été tranchée, la jurisprudence du TF donne la compétence internationale au juge suisse du divorce de compléter ledit jugement quant à la question de la répartition compensatoire de la prévoyance ; cette jurisprudence se fonde sur l'art. 64, al. 1, LDIP. Il appartient au juge du divorce – et non à celui des assurances sociales – de se prononcer sur le partage de la prévoyance dans le cadre du complément à apporter à un jugement de divorce. Le TFA a laissé ouverte la question de la compétence internationale du tribunal suisse dans le cas où le juge du divorce étranger aurait procédé à un partage de la prévoyance, mais sans se référer expressément à l'avoir de prévoyance suisse, alors que le juge du divorce aurait dû trancher cette question.

Le juge de la prévoyance professionnelle est en revanche compétent pour se prononcer sur la validité d'un paiement en espèces selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Afin qu'un jugement du tribunal du divorce fixant une clé de répartition conformément à l'art. 122 CC puisse être rendu exécutoire à l'égard de l'institution de prévoyance, le conjoint ayant droit a un intérêt juridique notable à ce que le juge des assurances sociales déclare - avant le prononcé du divorce et de façon à lier l'institution de prévoyance - que le versement en espèces est nul en raison du défaut de consentement du conjoint selon l'art. 5, al. 2, LFLP. Cela vaut également lorsque la procédure de divorce a été menée devant un tribunal étranger.

Un versement en espèces intervenu dans le cadre de la prévoyance surobligatoire sans l'accord du conjoint prévu à l'art. 5, al. 2, LFLP constitue une exécution imparfaite du contrat de prévoyance et doit, à ce titre, être traité en application des art. 97 ss CO. L'institution de prévoyance est donc tenue de réparer le dommage résultant d'un versement en espèces effectué à tort, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ; à cet égard, une négligence, même légère, est assimilée à une faute. Il faut en outre juger sur la base des circonstances du cas particulier si l'institution peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas examiné la signature (falsifiée) figurant sur la demande de versement en espèces.

442 Invalidité, surindemnisation et versement anticipé pour le logement

(référence à l'arrêt du TFA du 11 février 2004, en la cause S., B 47/01 ; arrêt en français)

(art. 30c LPP, art. 2 LFLP)

La somme qu'un assuré peut utiliser à titre de versement anticipé pour l'acquisition d'un logement dépend, comme le texte de l'art. 30c al. 2 LPP le spécifie, du montant de la prestation de libre passage à laquelle il a droit. Le versement anticipé est donc directement lié à la réglementation sur le libre passage (LFLP), en particulier l'art. 2 LFLP. L'utilisation d'un même avoir de prévoyance pour l'indemnisation des éventualités assurées d'une part, et pour l'acquisition d'un logement d'autre part, est absolument incompatible avec le système de prévoyance instauré par la LPP. Il s'ensuit qu'à l'instar de la personne qui a atteint l'âge minimum de la retraite (voir l'ATF 124 V 276), l'assuré reconnu totalement invalide ne saurait prétendre un versement anticipé en vertu de l'art. 30c LPP.

Le fait que dans le cas particulier, le recourant (bénéficiaire d'une rente d'invalidité entière de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire) ne perçoit pas de prestations de prévoyance professionnelle de la part de l'intimée pour cause de surindemnisation n'y change rien. Le TFA a déjà eu l'occasion, sous l'ancien droit (art. 27 aLPP), de se prononcer sur la portée des règles de surindemnisation en la matière (cf RSAS 1996 p. 71). La survenance du risque assuré impose que l'avoir de prévoyance existant ne soit pas affecté à un autre but que celui de garantir le versement des prestations prévues dans cette éventualité, car il se peut aussi que la situation à l'origine de la surindemnisation vienne à changer, par exemple à la suite d'une réduction ou d'une suppression des prestations concurrentes des autres assureurs sociaux. Sinon, l'assuré serait placé dans une situation économique plus favorable après la réalisation du cas d'assurance qu'avant, alors que les règles sur la surindemnisation ont justement pour objectif d'empêcher que le cumul de prestations ne procure un avantage injustifié à l'assuré. Ce serait vider de leur sens les dispositions légales sur la surindemnisation.

443 Distribution des fonds libres et résiliation du contrat de travail par l'employé

(référence à l'arrêt du TFA du 27 février 2004, dans les causes B. et OFAS, B 59/02 et B 60/02; arrêts en français).

(art. 23, al. 1, LFLP)

Selon l'art. 23, al. 1, 1re phrase LFLP, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. D'après l'al. 4 de cette disposition, les conditions d'une liquidation partielle sont présumées en cas de réduction considérable de l'effectif des assurés, de restructuration de l'entreprise ou de résiliation du contrat d'affiliation avec la fondation collective ou commune. En dehors des cas de liquidation partielle ou totale, les institutions de prévoyance disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'usage de leurs fonds libres. Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. Il n'a pas droit à une part des fonds libres lorsqu'il n'y a pas de liquidation de l'institution de prévoyance. Lorsqu'il n'y a pas de liquidation totale ou partielle, ce sont les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP qui sont compétentes pour examiner la prétention de l'assuré à bénéficier de la répartition de fonds libres, dans la mesure où il s'agit de l'octroi de prestations discrétionnaires. Le présent litige ne relève donc pas de la compétence de l'autorité de surveillance (art. 74 LPP), ni de celle du Tribunal fédéral.

Comme il ne s'agit pas d'une liquidation au sens de l'art. 23 LFLP, seuls les employés affiliés peuvent prétendre à la répartition des fonds libres. L'unique question de fond est de savoir si le recourant B. peut prétendre à une part de ces fonds libres au vu de la décision du conseil de fondation de Y. L'interprétation d'une décision du conseil de fondation doit se faire selon le principe de la confiance. Or, de l'ensemble des documents écrits et du dossier, il ressort sans doute possible que la décision doit être comprise comme fixant le cercle des bénéficiaires aux employés affiliés le 1er janvier 1998, à l'exclusion des employés sortis avant et jusqu'au 31 décembre 1997. En l'occurrence, B. a donné son congé pour le 31 décembre 1997. Il est donc sorti de l'institution de prévoyance à cette même date et ne saurait prétendre à cette distribution dès lors qu'il n'était pas affilié à la fondation au moment déterminant.

Erratum

Bulletin no. 72

Art. 57 Placements auprès de l'employeur

L'alinéa 3 est remplacé par l'ancien alinéa 4.

L'al. 4 disparaît ainsi.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 75

6 juillet 2004

EDITION SPECIALE

444 Entrée en vigueur au 1er janvier 2005 de la 2ème étape de la révision de la LPP

- Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 01.07.04 (version non officielle)
- Commentaires des modifications de l'OPP 2
- Rapport de synthèse de la procédure de consultation du 2ème paquet

445 Invalidité – Questions de droit transitoire

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

04.357

444 Entrée en vigueur au 1er janvier 2005 de la 2ème étape de la révision de la LPP

Nicht löschen bitte " " !!

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

(Version non officielle)

Modifications du 1er juillet 2004

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] est modifiée comme suit :

Art. 1 al. 1, let. d

d. Les personnes invalides au sens de l'AI à raison 70 % au moins ;

Art. 2 Location de services
(art. 2, al. 4, LPP)

Les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre d'une location de service au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services[2] sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de service.

Art. 3a (nouveau) Montant minimal du salaire assuré
(art. 8 LPP)

[1] Pour les personnes qui sont assurées obligatoirement selon l'art. 2 LPP et qui perçoivent d'un même employeur un salaire AVS supérieur à 18 990 francs, un montant de 3 165 francs au moins doit être assuré.

[2] Le salaire assuré minimal prévu à l'al. 1 est aussi valable pour l'assurance obligatoire des personnes pour lesquelles les montants-limites ont été réduits conformément à l'art. 4.

Art. 4 Salaire coordonné des assurés partiellement invalides
(art. 8 et 34, al. 1, let b, LPP)

Pour les personnes partiellement invalides au sens de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité[3], les montants-limites fixés aux art. 2, 7, 8, al. 1, et 46 LPP sont réduits comme suit:

Droit à la rente en fraction d'une rente entière	Réduction des montants-limites
¼	¼
½	½
¾	¾

---

1 RS **831.441.1**
2 RS **823.11**
3 RS **831.20**

Art. 5 Adaptation à l'AVS
(art. 9 LPP)

…*

Art. 8

Abrogé

Art. 9, référence entre parenthèse, al. 3, 4 et 5 (nouveau)
(art. 11 et 56, let. h, LPP)

[3] La caisse de compensation AVS annonce à l'institution supplétive les employeurs qui ne satisfont pas à leur obligation d'être affiliés. Elle lui transmet les dossiers.

[4] L'Office fédéral des assurances sociales fournit aux caisses de compensation de l'AVS des directives, notamment sur la procédure à suivre, sur le moment du contrôle ainsi que sur les documents à fournir.

[5] Le fonds de garantie verse aux caisses de compensation AVS un dédommagement de 9 francs pour chaque cas de contrôle de l'affiliation d'un employeur qui dépend d'elle (art. 11, al. 4, LPP). Avant le 31 mars de l'année suivante, au moyen du formulaire prescrit par l'office, les caisses de compensation AVS annoncent au fonds de garantie les contrôles qu'elles ont effectués.

Art. 12a et 12b

Abrogés

Art. 15 Cas d'invalidité partielle
(art. 15 et 34, al. 1, let. b, LPP)

[1] Si l'assuré est mis au bénéfice d'une rente d'invalidité partielle, l'institution de pré-voyance partage l'avoir de vieillesse en une partie correspondant au droit à la rente et en une partie active ; le partage se fait comme suit :

Droit à la rente en fraction d'une rente entière	Avoir de vieillesse fondé sur l'invalidité partielle	Avoir de vieillesse actif
¼	¼	¾
½	½	½
¾	¾	¼

[2] La partie de l'avoir de vieillesse fondée sur une invalidité partielle doit être traitée selon l'art. 14. L'avoir de vieillesse actif est assimilé à celui d'une assuré valide et traité, à la fin des rapports de travail, selon les art. 3 à 5 LFLP.

Art. 16, al. 2

[2] Sont aussi réputés partie de l'avoir de vieillesse acquis en vertu de la LPP les intérêts calculés à un taux supérieur au taux minimal fixé à l'art. 12.

Art. 17

Abrogé

Art. 18, référence entre parenthèse
(art. 24, al. 4, et 34, al. 1, let. a, LPP)

Art. 19

Abrogé

* Les montants arrêtés dans la loi seront adaptés par l'intermédiaire de l'ordonnance 2005 (O 05).

Art. 20 *titre médian, et al. 1*
Droit du conjoint divorcé à des prestations de survivants
(art. 19, al. 3, LPP)

[1] Le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition

a. que son mariage ait duré 10 ans au moins, et

b. qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère.

Art. 20a *Cotisations payées par l'assuré*
(art. 20a, al. 1, let. c, LPP)

Les cotisations payées par l'assuré au sens de l'art. 20a, al. 1, let. c, LPP, comprennent également les rachats effectués par l'assuré.

Art. 21, 22 et 23

Abrogés

Art. 24, al. 2 et 3

[2] Sont considérées comme des revenus à prendre en compte, les prestations d'un type et d'un but analogues qui sont accordées à l'ayant droit en raison de l'événement dommageable, telles que les rentes ou les prestations en capital prises à leur valeur de rentes provenant d'assurances sociales ou d'institutions de prévoyance suisses et étrangères, à l'exception des allocations pour impotents, des indemnités pour atteinte à l'intégrité et de toutes autres prestations semblables. Est aussi pris en compte le revenu provenant d'une activité lucrative exercée par un assuré invalide ou le revenu de remplacement ainsi que le revenu ou le revenu de remplacement que celui-ci pourrait encore raisonnablement réaliser.

[3] Les revenus de la veuve ou du veuf et ceux des orphelins sont comptés ensemble.

Art. 25, al. 2 et 3

[2] Elle n'est pas obligée de compenser le refus ou la réduction de prestations que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire lorsque ces assurances ont réduit ou refusé des prestations en se fondant notamment sur les art. 21 LPGA, 37 et 39 LAA, 65 et 66 LAM.

[3] Abrogé

Art. 26

Actuel art. 27

Section 7 *(nouvelle)* Recours

Art. 27 Subrogation
(art. 34b LPP)

[1] Lorsqu'il y a plusieurs responsables, ceux-ci répondent solidairement à l'égard de l'institution de prévoyance.

[2] Les délais de prescription applicables aux droits de la personne lésée sont également applicables aux droits qui ont passé à l'institution de prévoyance. Pour les prétentions récursoires de l'institution de prévoyance, les délais ne commencent toutefois pas à courir avant que celle-ci ait eu connaissance des prestations qu'elle doit allouer ainsi que du responsable.

[3] Lorsque la personne lésée dispose d'un droit direct contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'institution de prévoyance subrogée. Les exceptions fondées sur le contrat d'assurance qui ne peuvent pas être opposées à la personne lésée ne peuvent non plus l'être aux prétentions récursoires de l'institution de prévoyance.

Art. 27a Etendue de la subrogation
(art. 34*b* LPP)

[1] L'institution de prévoyance n'est subrogée aux droits de l'assuré et de ses survivants que dans la mesure où les prestations qu'elle alloue, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers responsable, excèdent le dommage causé par celui-ci.

[2] Si l'institution de prévoyance a réduit ses prestations au motif que le cas d'assurance est dû à un crime ou à un délit intentionnels, les droits de l'assuré, de ses survivants ou des autres bénéficiaires selon l'art. 20a LPP passent à l'institution de prévoyance dans la mesure où les prestations non réduites, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers, excèdent le montant du dommage.

[3] Les droits qui ne passent pas à l'institution de prévoyance restent acquis à l'assuré, à ses survivants ou aux autres bénéficiaires selon l'art. 20a LPP. Si seule une partie de l'indemnité due par le tiers responsable peut être récupérée, l'assuré, ses survivants ou les autres bénéficiaires selon l'art. 20a LPP ont un droit préférentiel sur cette partie.

Art. 27b Classification des droits
(art. 34*b* LPP)

[1]Les droits passent à l'institution de prévoyance pour les prestations de même nature.

[2]Sont notamment des prestations de même nature:

a. les rentes d'invalidité ainsi que les rentes de vieillesse ou les versements en capital alloués à la place de ces rentes et l'indemnisation pour l'incapacité de gain;

b. les rentes de survivants ou les versements en capital alloués à la place de ces rentes et les indemnités pour perte de soutien.

Art. 27c Limitation du droit de recours
(art. 34*b* LPP)

[1] L'institution de prévoyance n'a un droit de recours contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué intentionnellement ou par négligence grave l'événement assuré.

[2] Si les prétentions récursoires découlent d'un accident professionnel, la même limitation est applicable à l'employeur de l'assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise.

Art. 27d Conventions
(art. 34*b* LPP)

L'institution de prévoyance qui dispose du droit de recours au sens de l'art. 34b LPP peut conclure avec des assureurs sociaux disposant du droit de recours au sens des art. 72 à 75 LPGA ou avec d'autres intéressés des conventions destinées à simplifier le règlement des cas de recours.

Art. 27e Rapports entre l'institution de prévoyance et les assureurs sociaux disposant du droit de recours
(art. 34b LPP)

Lorsque l'institution de prévoyance participe au même recours que d'autres assureurs sociaux conformément aux art. 34b LPP et 72ss LPGA, cette institution et ces assureurs sociaux constituent ensemble une communauté de créanciers et doivent procéder entre elles à la répartition des montants récupérés proportionnellement aux prestations concordantes dues par chacun d'eux.

Art. 27f *Recours contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile*
(art. 34*b* LPP)

Les assureurs participant au recours désignent parmi eux celui qui les représentera pour traiter avec le responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile. S'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, la représentation sera exercée dans l'ordre suivant:

a. par l'assurance-accidents;

b. par l'assurance militaire;

c. par l'assurance-maladie;

d. par l'AVS/AI.

Section 8 *(nouvelle)* Procédure en cas de liquidation partielle ou totale

Art. 27g Droit aux fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale
(art. 53d, al. 1, LPP)

[1] En cas de liquidation partielle ou totale, tout assuré sortant a droit à une participation aux fonds libres.

[2] En cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle ou totale et celui du transfert des fonds, les fonds libres à transférer peuvent être adaptés en conséquence.

[3] Les découverts de techniques d'assurance sont calculés conformément à l'art. 44 OPP 2. Une éventuelle réduction doit toujours s'opérer à titre individuel sur la prestation de sortie. Si cette dernière a déjà été tansférée sans diminution, l'assuré est tenu de restituer le montant de la déduction.

Art. 27h Droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation lors de liquidation partielle ou totale
(art. 53d, al. 1, LPP)

[1] Lorsque plusieurs assurés passent ensemble en tant que groupe dans la même nouvelle institution de prévoyance (sortie collective), un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation s'ajoute au droit individuel de participation aux fonds libres au sens de l'art. 48e, dans la mesure où des risques d'assurance et des risques liés aux placements sont également transférés. Il sera tenu compte en particulier de la forme des valeurs de la fortune à transférer. D'autre part, on peut aussi tenir compte de la contribution du collectif sortant à la constitution des réserves de fluctuation et des autres réserves.

[2] Le organe paritaire ou un organe compétent de l'institution de prévoyance décident du droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation lors d'une sortie collective.

[3] Le droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation doit dans tous les cas être transféré collectivement à la nouvelle institution de prévoyance.

[4] En cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle ou totale et celui du transfert des fonds, les provisions et les réserves de fluctuation à transférer peuvent être adaptées en conséquence.

[5] Le droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation s'éteint lorsque la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance résulte du groupe qui sort collectivement.

Section 9 *(nouvelle)* Conservation des pièces

Art. 27i Obligation de conserver les pièces
(art. 41, al. 8, LPP)

[1] Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent les comptes ou les polices de libre passage sont tenues de conserver toutes les pièces contenant des informations importantes pour l'exercice de droits éventuels des assurés, à savoir:

a) les documents concernant l'avoir de prévoyance,

b) les documents concernant les comptes ou les polices de la personne assurée,

c) les documents concernant toute situation déterminante durant la période d'assurance, tels les rachats, les paiements en espèces de même que les versements anticipés pour l'accession au logement et les prestations de sortie en cas de divorce.

d) les contrats d'affiliation de l'employeur avec l'institution de prévoyance,

e) les règlements,

f) les correspondances importantes,

g) les pièces qui permettent d'identifier les assurés.

[2] Les documents peuvent être enregistrés sur un support autre que le papier, à la condition toutefois qu'ils demeurent lisibles en tout temps.

Art. 27j Délai de conservation
(art. 41, al. 8, LPP)

[1] Lorsque des prestations de prévoyance sont versées, l'obligation pour les institutions de la prévoyance professionnelle de conserver les pièces dure jusqu'à 10 ans dès la fin du droit aux prestations.

[2] Lorsqu'aucune prestation de prévoyance n'est versée parce que la personne assurée n'a pas fait usage de son droit, l'obligation de conserver les pièces dure jusqu'au moment où l'assuré a ou aurait atteint l'âge de 100 ans.

[3]En cas de libre passage, l'obligation pour l'institution de prévoyance jusque-là compétente de conserver les documents de prévoyance importants cesse après un délai de 10 ans dès le transfert de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance ou à une institution qui gère les comptes ou les polices de libre passage.

Art. 27k Obligation de conserver les pièces lors d'une liquidation
(art. 41, al. 8, LPP)

Il appartient aux liquidateurs en cas de liquidation d'une institution de la prévoyance professionnelle de veiller à ce que les pièces soient correctement conservées.

Art. 35, référence entre parenthèse, et al. 1 et 2
(art. 53, al. 1 et 4, 53a et 62, al. 1, LPP)

[1] L'organe vérifie chaque année:

a. la conformité à la loi, aux ordonnances, aux directives et aux réglements (légalité) des comptes annuels et des comptes de vieillesse;

b. la légalité de la gestion, notamment en ce qui concerne la perception des cotisations et le versement des prestations ainsi que la légalité du placement de la fortune;

c. le respect des prescriptions prévues aux art. 48f à 48h et 49a, al. 3 et 4.

[2] *Abrogé.*

Art. 37 al. 2, 38 et 46

Abrogés

Art. 48e *(nouveau)* Réserves de fluctuation et autres réserves
(art. 65b LPP)

L'institution de prévoyance fixe dans un règlement les règles pour la constitution des réserves de fluctuation ainsi que pour les autres réserves. Elle doit à cet effet respecter le principe de la permanence.

Section 2*b* *(nouvelle)* Loyauté dans la gestion de fortune

Art. 48f Conflits d'intérêts et avantages financiers
(art. 53a, let. a, LPP)

[1] Les personnes et les institutions qui gèrent et administrent la fortune de l'institution de prévoyance peuvent conclure des affaires pour leur propre compte pour autant que de telles affaires n'aient pas été expressément interdites par les organes compétents et ne soient pas abusives.

[2] Les comportements suivants sont notamment considérés comme abusifs indépendamment du fait qu'il en résulte ou non un avantage financier :

a. utiliser une avance d'information ayant un rapport avec les cours de bourse dans le but d'obtenir un avantage financier personnel ;

b. faire commerce d'un titre ou d'un placement aussi longtemps que l'institution de prévoyance fait elle-même commerce de ce titre ou de ce placement, dans la mesure où un désavantage peut en résulter pour celle-ci; est aussi considéré comme un commerce toute participation à de telles affaires sous une autre forme ;

c. effectuer des placements en ayant connaissance de transactions décidées ou prévues par l'institution de prévoyance (« front running »).

[3] La conclusion de placements parallèles („parallel running“) est autorisé pour autant qu'il n'en résulte aucun désavantage pour l'institution de prévoyance.

Art. 48g Avantages financiers personnels: annonce
(art. 53a, let. a et c, LPP)

Les personnes et les institutions qui gèrent et administrent la fortune de prévoyance, doivent déclarer chaque année par écrit à l'organe paritaire si elles ont reçu des avantages patrimoniaux personnels en rapport avec l'exercice de leur activité pour l'institution de prévoyance et, le cas échéant, préciser lesquels. Ne sont pas soumis au devoir d'annonce, les cadeaux bagatelles et les cadeaux occasionnels d'usage. Ne sont pas soumis à l'obligation d'annoncer les personnes et institutions auxquelles s'applique la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne[4] (loi sur les banques).

Art. 48h Exigences à remplir par les gestionnaires de fortune
(art. 53a, let. b, LPP)

L'institution de prévoyance ne peut confier le placement et la gestion de sa fortune qu'à des personnes ou à des institutions dont les aptitudes et l'organisation permettent de garantir que les exigences de l'art. 48f seront respectées.

Art. 49a, référence entre parenthèse, et al. 3 et 4
(art. 51, al. 1 et 2, art. 53a et 71, al. 1, LPP)

[3] L'institution de prévoyance détermine les mesures à prendre en application des art. 48f à 48h, afin d'éviter les conflits d'intérêts et les avantages financiers injustifiés. Elle fixe les conditions que doivent remplir les personnes et les institutions qui sont chargées des placements et de la gestion de la fortune.

[4] L'institution de prévoyance peut édicter les prescriptions selon l'al. 3 en se référant aux normes et aux règles des organisations et des associations reconnues.

Art. 60c al. 2

[2] L'ordonnance du 17 février 1988 sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance[5] est abrogée.

Section 1a (nouvelle) **Dispositions en application de la lettre e) des dispositions transitoires de la 1re révision de la LPP**

Art. 62a Age ordinaire de la retraite des femmes
(let. e des dispositions transitoires de la 1re révision LPP)

[1] L'âge ordinaire de la retraite des femmes dans la LAVS vaut aussi comme âge ordinaire de la retraite dans la LPP (art. 13 al. 1 LPP).

[2] Cet âge de la retraite est également déterminant:

a) pour l'application du taux de conversion minimal selon l'art. 14, al. 2, LPP et la lettre b des dispositions transitoires de la 1re révision LPP du 3 octobre 2003;

b) pour le calcul des bonifications de vieillesse à hauteur de 18 % selon l'art. 16 LPP et la lettre c des dispositions transitoires de la 1re révision LPP du 3 octobre 2003;

c) pour le taux de conversion applicable lors du calcul de la rente d'invalidité selon l'art. 24, al. 2, LPP.

Section 1b (nouvelle) **Disposition transitoire concernant les dispositions en application de la lettre e) des disp. trans. de la 1re révision de la LPP**

Art. 62b Disposition spéciale pour les femmes nées en 1942 ou en 1943

[1] Les femmes nées en 1942 ou en 1943 dont les rapports de travail ont pris fin alors qu'elles ont déjà eu 62 ans ont droit à une prestation de vieillesse si elles n'exercent plus aucune activité lucrative et qu'elles ne se sont pas annoncées à l'assurance-chômage.

4 RS **952.0**
5 RS **831.447**

[2] Pour les femmes nées en 1942, le versement anticipé de la prestation de vieillesse ne peut entraîner l'application d'un taux de conversion inférieur à 7,20 pour cent.

[3] Pour les femmes nées en 1943 qui bénéficient d'une retraite anticipée, le taux de conversion de la rente sera adapté en conséquence.

Art. 62c Taux de conversion minimal et âge ordinaire de la retraite pour des classes d'âge déterminées
(Let. b des dispositions transitoires de la 1re révision LPP)

Pour les classes d'âge et les âges ordinaires de la retraite mentionnés ci-après, les taux de conversion minimaux suivants sont applicables pour le calcul des rentes de vieillesse et d'invalidité pour les femmes:

Classe d'âge	Age ordinaire de la retraite des femmes	Taux de conversion minimal pour les femmes
1942	64	7,20
1943	64	7,15
1944	64	7,10
1945	64	7,00
1946	64	6,95
1947	64	6,90
1948	64	6,85
1949	64	6,80

II

Modification du droit en vigueur

La modification du droit en vigueur est réglée en annexe.

III

Dispositions transitoires de la modification du 1er juillet 2004

a. *Taux de conversion minimal et âge ordinaire de la retraite pour des classes d'âge déterminées*
(Let. b des dispositions transitoires de la 1ère révision LPP)

Pour les classes d'âge et les âges ordinaires de la retraite mentionnés ci-après, les taux de conversion minimaux suivants sont applicables pour le calcul des rentes de vieillesse et d'invalidité pour les hommes:

Classe d'âge	Age ordinaire de la retraite des hommes	Taux de conversion minimal pour les hommes
1940	65	7.15
1941	65	7.10
1942	65	7.10
1943	65	7.05
1944	65	7.05
1945	65	7.00
1946	65	6.95
1947	65	6.90
1948	65	6.85
1949	65	6.80

b. *Prestation de libre passage selon art. 14, al. 4*
(Let. b des dispositions transitoires de la 1ère révision LPP)

Si le droit à la rente d'invalidité est né avant le 1er janvier 2005 et que le droit à la rente d'invalidité s'éteint par suite de disparition de l'invalidité après cette date, les éléments suivants sont déterminants pour le calcul de la prestation de libre passage:

a. jusqu'au 31 décembre 2004: le salaire coordonné selon art. 14, al. 3, et les bonifications de vieillesse en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004;

b. à partir du 1er janvier 2005: le salaire coordonné selon art. 14, al. 3, majoré de 5.9 pour cent et les bonifications de vieillesse en vigueur dès le 1er janvier 2005.

c. *Salaire coordonné pour le calcul des prestations de survivants et d'invalidité*
(Let. b des dispositions transitoires de la 1ère révision LPP)

Lorsque le droit à une prestation de survivants ou d'invalidité prend naissance après le 31 décembre 2004 et que le salaire coordonné de la dernière année d'assurance (art. 18) a été perçu avant le 1er janvier 2005, celui-ci est majoré de 5.9 pour cent dès cette date.

d. *Dispositions réglementaires concernant les liquidations totales et partielles*
(art. 53b à 53d LPP)

Les règlements et les contrats doivent être adaptés dans un délai de 3 ans au plus après l'entrée en vigueur de cette modification d'ordonnance.

IV

Disposition finale de la modification du 1er juillet 2004

Les présentes modifications entrent en vigueur au 1er janvier 2005.

Modification du droit en vigueur

Les actes suivants sont modifiés comme suit:

1. L'Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP)[6]

Art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP[7], augmenté de 1 point de pourcentage.

Art. 15, al. 1, let. b

b. en cas de décès, les dispostions de l'art. 20a LPP sont applicables par analogie.

2. Ordonnance du 22 juin 1998 sur le «fonds de garantie LPP» (OFG)[8]:

Art. 12a *(nouveau)* Financement de la Centrale du 2e pilier

[1] Le fonds de garantie finance la Centrale du 2e pilier (art. 56, al. 1, let. f, LPP) au moyen des avoirs déposés sur des comptes ou des polices de libre passage au sens de l'art. 10 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage (OLP)[9] et qui ont été transférés au fonds de garantie conformément à l'art. 41, al. 3 et 4, LPP.

[2] Si ces avoirs ne suffisent pas, le financement s'effectue selon l'art. 12.

Art. 14, al. 1

[1]Les subsides pour structure d'âge défavorable (art. 56, al. 1, let. a, LPP) et les dédommagements des caisses de compensation (art. 56, al. 1, let. h, LPP) sont financés par les cotisations des institutions de prévoyance enregistrées; les autres prestations (art. 56, al. 1, let. b à g, LPP) sont financées par les cotisations de l'ensemble des institutions de prévoyance soumises à la LFLP.

Art. 15, titre et al. 1

Cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable et de dédommagements des caisses de compensation

[1] Le calcul des cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable et de dédommagements des caisses de compensation se fonde sur la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus, selon l'art. 8 LPP, de payer des cotisations pour les prestations de vieillesse.

6 RS **831.425**
7 RS **831.40**
8 RS **831.432.1**
9 RS **831.425**

3. Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)[10]

Art. 2, al. 1, let. b

b. En cas de décès les dispositions de l'art. 20a LPP sont applicables par analogie.

10 RS **831.461.3**

Modification de l'OPP 2 - Commentaire

Chapitre 1 Assurance obligatoire des salariés

Section 1 Personnes assurées et salaire coordonné

Art. 1, al. 1, let. d **Salariés non soumis à l'assurance obligatoire**

L'échelonnement des rentes d'invalidité a été affiné dans le cadre de la 4e révision de l'AI (la nouvelle échelle des rentes se présente comme suit : quart de rente à partir d'un taux d'invalidité de 40 %, demi-rente à partir de 50 %, trois quarts de rente à partir de 60 % et rente entière à partir de 70 % ; cette échelle a été reprise pour le système de la prévoyance professionnelle [art. 24, al. 1, LPP]). L'OPP 2 renvoie en plusieurs endroits à l'invalidité, totale ou partielle, au sens de la LAI. Ces dispositions doivent être adaptées au nouvel échelonnement des rentes.

Le sens de l'art. 1, al. 1, let. d, OPP 2 selon le droit encore en vigueur était d'exclure de la prévoyance professionnelle (obligatoire ou facultative) les bénéficiaires d'une rente AI entière même lorsque les conditions de salaire étaient réunies, car dans leur cas l'un des risques à assurer est déjà réalisé. Or, la couverture d'un risque déjà survenu contredit l'idée fondamentale de l'assurance (cf. commentaire de l'OPP 2 de l'été 1983). Le seuil fixé doit être relevé à 70 %, car c'est seulement à partir d'un taux d'invalidité de 70 % que le risque d'invalidité totale est réalisé. Il convient de préciser toutefois que cette disposition ne s'applique pas aux rentes en cours ni aux rentes nées dans les deux ans dès l'entrée en vigueur du 2ème paquet de la 1ère révision de la LPP (1.1.05), en vertu de la lettre f) disp. trans. de la 1ère révision de la LPP qui prévoit l'application de l'ancien droit à ces rentes. Cela dit, il convient encore de préciser que le début de la rente ne dépend pas de son versement effectif, mais de la naissance du droit.

Les personnes dont la capacité de travail est déjà réduite de 20 % ou plus pour des raisons de santé lors de leur entrée dans l'institution de prévoyance sont également assurées. Toutefois, si en raison du même problème de santé, une invalidité naît plus tard, la protection de prévoyance minimale de la LPP ne s'applique pas à cette invalidité. Pour éviter de sérieux malentendus, ces personnes devraient être informées clairement au sujet de cette situation par leur institution de prévoyance.

La 1ére révision de la LPP prévoit une exception pour les personnes qui, à la suite d'une invalidité congénitale ou d'une invalidité survenue avant l'âge de la majorité, sont atteintes d'une incapacité de travail de 20 % ou plus au début de l'activité lucrative et que cette incapacité de travail n'atteint pas encore 40 % à ce moment là. Ces personnes peuvent prétendre ultérieurement à des prestations d'invalidité LPP, y compris en cas d'aggravation de l'affection déjà existante (cf art. 23, let. b et c, LPP).

Art. 2 Location de services

La location de services par des entreprises dites de travail temporaire a donné lieu à un certain nombre de difficultés, en particulier sur le point de savoir qui est le véritable employeur. C'est pourquoi, afin d'éviter que ces difficultés ne se représentent, il est désormais précisé que c'est l'entreprise bailleuse de services, donc l'entreprise de travail temporaire et non celle auprès de laquelle le travailleur est effectivement occupé, qui est l'employeur de ce travailleur et qui doit assumer les tâches liées à cette qualité (versement des cotisations à l'institution de prévoyance etc.).

Art. 3a Montant minimal du salaire coordonné

L'article 8 LPP prévoit que la partie du salaire annuel comprise entre 22 155 et 75 960 francs, appelée « salaire coordonné » doit être assurée. Lorsque le salaire coordonné n'atteint pas 3165 francs par an, il doit être arrondi à ce montant.

Pour quelqu'un qui gagne par exemple 24 000 francs, la part de son salaire annuel qui se situe entre 22 155 et 75 960 se monte à moins de 3 165 francs. Pour cet assuré, un montant de 3 165 est par conséquent assuré. Cependant, en raison de l'abaissement du seuil d'entrée à 18 990 francs, des personnes dont le salaire AVS est inférieur à 22 155 peuvent également être assurées: les personnes qui reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à 18 990 francs sont déjà soumises à l'assurance obligatoire en vertu de l'art. 2 al. 1 LPP. Il convient de préciser que le salaire coordonné minimal de 3165 francs est également applicable à ces salariés.

Ce salaire assuré minimal vise à éviter un rapport trop défavorable entre la somme des bonifications de vieillesse, les prestations futures et le travail administratif lié à la prévoyance d'une personne. Le salaire assuré minimal de Fr. 3'195.- s'applique aussi lorsque les montants-limites de l'assurance obligatoire ont été réduits.

Art. 4 Salaire coordonné des assurés partiellement invalides

Cette disposition reprend le contenu matériel de l'actuel art. 4 OPP 2, tout en tenant compte du fait qu'il existe maintenant des quarts et trois-quarts de rentes de l'assurance-invalidité et non plus seulement des rentes entières et des demi-rentes. La réduction des montants-limites en cas d'invalidité partielle est opérée proportionnellement au droit à la rente partielle de l'AI allouée à l'assuré. Les montants du salaire minimum à atteindre pour être assuré à la prévoyance obligatoire (art. 2 et 7 LPP), la déduction de coordination et la limite supérieure (art. 8 al. 1 LPP) sont réduits. Le salaire minimal assuré (art. 8 al. 2 LPP) n'est pas réduit, car ce montant servant de base au calcul de la prestation de vieillesse est déjà relativement bas et une réduction supplémentaire conduirait à un rapport trop désavantageux entre le montant des bonifications de vieillesse et les frais admi-

nistratifs. Si, par exemple, un travailleur est invalide à raison de 40% au sens de l'AI, il a droit à un quart de rente. Pour être soumis à la LPP, le salaire minimal, la déduction de coordination et le montant-limite supérieur selon l'art. 8 LPP sont chacun réduits d'¼ .

Afin de simplifier le plus possible l'application par les institutions de prévoyance, les montants-limites sont réduits en cas de rente partielle dans la même proportion que la rente elle-même. Lorsqu'un quart de rente est versé, les montants-limites sont donc réduits d'un quart. Comme le quart de rente est versé avec une invalidité d'au moins 40 % et avec en principe une diminution de revenu dans la même proportion, il y a une certaine divergence avec la situation de revenu de certains assurés partiellement invalides. En effet, si ces assurés avaient un revenu qui se trouve juste un peu au-dessus du seuil d'entrée de Fr. 18'990.- avec une capacité de travail entière, ils ne seront plus assurés obligatoirement pour le revenu restant en cas de versement d'un quart de rente. Par contre, ce système est plus favorable pour les personnes bénéficiant de trois quarts de rente.

Il convient de préciser toutefois que cette disposition ne s'applique pas aux rentes en cours ni aux rentes nées dans les deux ans dès l'entrée en vigueur du 2ème paquet de la 1ère révision de la LPP (1.1.05), en vertu de la lettre f) disp. trans. de la 1ère révision de la LPP qui prévoit l'application de l'ancien droit à ces rentes. Cela dit, il convient encore de préciser que le début de la rente ne dépend pas de son versement effectif, mais de la naissance du droit.

Art. 5 Adaptation à l'AVS

Les montants-limites fixés par la 1re révision de la LPP du 3 octobre 2003 ont été calculés sur la base des rentes AVS à leur valeur 2003. En 2004, il n'y a pas eu d'augmentation des rentes AVS. La 11e révision de l'AVS ne prévoit pas non plus d'augmentation des rentes du 1er pilier pour le 1er janvier 2005. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'adapter les valeurs-limites dans le 2e pilier. C'est pourquoi, l'article 5 n'a aucun contenu actuellement. Si la 11e révision de l'AVS n'entrait pas en vigueur le 1er janvier 2005, les montants-limites devraient être adaptés en conséquence.

Section 2 Affiliation obligatoire de l'employeur

Art. 8 Affiliation provisoire

Cette disposition traite de l'affiliation provisoire une institution de prévoyance jusqu'au 31 décembre 1987. Elle est donc devenue sans objet et doit être supprimée.

Art. 9, (référence entre parenthèse) et al. 3, 4 et 5 (nouveaux)

Alinéa. 3 : La manière exacte dont les caisses de compensation doivent procéder est réglée, conformément à l'art. 9, al. 4, par des directives que l'OFAS leur fournit. Ces directives prévoyaient déjà la nouvelle solution consistant à avertir directement l'institution supplétive, mais le Tribunal fédéral les avait jugées sur ce point insuffisamment conformes au texte de la loi (arrêt du 28.9.1995, 2A.46/1995). Il serait cependant judicieux de ne pas se contenter de remettre en vigueur ces anciennes dispositions, mais de remanier les directives et d'examiner si d'autres modifications sont indiquées.

Alinéa 4: Actuellement, les caisses de compensation AVS ne sont pas toujours au clair sur les documents qu'elles peuvent être appelées à fournir pour le contrôle de l'affiliation ; c'est pourquoi il est désormais prévu, à l'al. 4, que les directives de l'OFAS s'étendront également à cette question.

Alinéa 5: Pour des raisons de simplification et de rationalité administratives, c'est la solution de l'indemnisation forfaitaire, par cas, qui a été retenue. Ce dédommagement forfaitaire, qui doit correspondre le plus précisément possible à la moyenne des frais par cas, a été fixé à 9 francs par cas. L'annonce au fonds de garantie se fera au moyen d'un formulaire prescrit par l'OFAS. Compte tenu du nombre d'employeurs affiliés à une caisse de pension (un peu plus de 300'000 selon la statistique des caisses de pensions 2000 de l'OFS), il en résultera, pour le fonds de garantie, un coût entre 2,4 et 3 millions de francs.

Art. 12a et 12b **Examen du taux d'intérêt minimal**

Les critères pour la fixation du taux d'intérêt minimal ne figurent plus dans l'ordonnance mais sont déterminés directement dans l'art. 15 al. 2 et 3 LPP. Ainsi, il est nouvellement inscrit dans la loi quels placements sont en particulier considérés comme placements usuels du marché. Pour pouvoir réagir de manière flexible aux fluctuations du marché des placements et pour éviter que les institutions de prévoyance n'orientent leurs stratégies de placement selon une seule formule, le Conseil fédéral s'abstient de définir un rapport fixe (formule fixe) entre les critères servant à déterminer le taux minimal. Le législateur a toutefois sciemment sorti de la procédure de fixation du taux d'intérêt minimal la consultation obligatoire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique des deux Conseils qui était exigée par l'ancien article 12b de l'ordonnance. A l'avenir, la consultation de la Commission intervient à sa demande[11].

De même, le législateur a renoncé à prendre comme critère supplémentaire la situation financière des institutions de prévoyance[12]. Naturellement, l'OFAS communiquera régu-

11 l'art. 22, al. 3, de la loi fédérale sur le Parlement du 13 décembre 2002 (RS 171.10, FF 2002 p. 7577): les Commissions compétentes de l'assemblée fédérale sont consultées avant la publication de dispositions légales émanant du Conseil fédéral pour autant que l'urgence de l'ordonnance le permette.

12 cf Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 28 novembre 2002, p. 1044

lièrement l'information relative à la situation financière des institutions de prévoyance au Conseil fédéral puisque cette tâche lui incombe toujours de par l'article 44a.

De par la réglementation de la procédure au niveau de la loi, les actuels articles 12a et 12b de l'ordonnance deviennent inutiles et sont abrogés.

Art. 15 Cas d'invalidité partielle

L'échelonnement des rentes d'invalidité a été affiné dans le cadre de la 4e révision de l'AI (la nouvelle échelle des rentes se présente comme suit : quart de rente à partir d'un taux d'invalidité de 40%, demi-rente à partir de 50 %, trois quarts de rente à partir de 60% et rente entière à partir de 70% ; cette échelle a été reprise pour le système de la prévoyance professionnelle [art. 24, al. 1, LPP]). L'OPP 2 renvoie en plusieurs endroits à l'invalidité, entière ou partielle, au sens de la LAI. Ces dispositions doivent être adaptées au nouvel échelonnement des rentes.

Le système est, en principe, le même qu'avec la demi-rente actuelle. Ainsi, par exemple, un assuré qui a droit à une rente d'invalidité de ¾ voit son avoir de vieillesse réduit proportionnellement de ¾ à ¼. La part globale des ¾ est traitée selon l'art. 14, le quart restant est maintenu au même titre qu'un assuré ayant une capacité de travail entière, avec cependant des limites de revenus réduites (voir art. 4).

Art. 16, al. 2 Détermination de la prestation de libre passage relevant de l'assu55rance obligatoire

L'ancien art. 16, al. 2, let. b concernait les mesures spéciales de l'art. 70 LPP, disposition qui a été abrogée par la 1ère révision. Il n'existe donc plus de mesures spéciales, raison pour laquelle il est nécessaire de modifier cette disposition dans ce sens.

Art. 17 Taux de conversion pour le calcul de la rente de vieillesse

Cette disposition doit être abrogée, car le taux de conversion est désormais réglé par la LPP.

Art. 18, référence entre parenthèse **Salaire coordonné pour le calcul des prestations de survivants et d'invalidité**

Le contenu et la formulation de l'art. 18 OPP 2 ne doivent pas être modifiés, seul doit être adapté le renvoi à l'actuel art. 24, al. 3, LPP qui, dans la 1ère révision LPP, est devenu l'art. 24, al. 4.

Art. 19 **Prestation de survivants en cas de décès du bénéficiaire d'une demi-rente d'invalidité**

Selon l'ancien droit, le calcul de la prestation de survivants d'un bénéficiaire d'une rente partielle d'invalidité se fondait sur le montant de la rente d'invalidité totale (ancien art. 21 al. 2 LPP et ancien art. 19 al. 1 OPP2). Ensuite ces rentes étaient réduites sur la base d'une disposition spéciale (ancien art. 19 al. 2 OPP2). Ce système a été abrogé dans la 1ère révision de la LPP. L'art. 21 al. 2 LPP prévoit que les rentes de survivants versées suite au décès d'un bénéficiaire de rente sont calculées sur la base de la dernière rente de vieillesse ou d'invalidité allouée et, ainsi, s'agissant d'un bénéficiaire d'une rente partielle, sur la base de cette rente. L'art. 19 est donc rendu caduc par ce changement de système.

Art. 20**, titre médian et al. 1** **Droit du conjoint divorcé**

La question de savoir si, malgré le nouveau droit du divorce, le droit du conjoint divorcé à une rente de conjoint survivant doit être maintenu a été examinée plus en détail. Sur la base des réflexions suivantes, il a été décidé de maintenir l'art. 19, al. 3, LPP :

- Même si le nombre de veuves et de veufs divorcés qui ont droit à une contribution d'entretien jusqu'à la mort de la personne assuré est très limité, ce cas de prévoyance a encore tendance à diminuer étant donné que le nouveau droit du divorce tend à fixer des contributions d'entretien limitées dans le temps.
- Le transfert d'une prestation de sortie conformément au nouveau droit du divorce n'est pas toujours possible, en particulier si les cas d'assurance se sont déjà réalisés. De plus, les tribunaux ne transfèrent pas de manière optimale les avoirs de prévoyance.
- Le versement d'une indemnité équitable selon l'art. 124, al. 1, CC n'est pas toujours possible, surtout lorsque les époux sont dans une situation financière précaire.
- La suppression des rentes de conjoints divorcés risquerait de placer certaines familles dans une situation financière difficile, notamment les familles monoparentales qui présentent le taux le plus élevé de «working poor» (29 %, soit 27 000 familles monoparentales selon l'annuaire statistique de la Suisse 2002).

L'art. 20, al. 1, OPP2 doit ainsi être adapté à l'art. 19 LPP, qui introduit la rente de veuf.

La pension alimentaire est fixée en fonction des revenus du conjoint divorcé débiteur de cette prestation. Pour les petits revenus, la pension alimentaire ne satisfait pas au besoin de l'autre conjoint, notamment pour les femmes divorcées. L'al. 2 actuel ne fait qu'amplifier cet effet. On peut donc se poser la question si cette disposition doit également être maintenue.

La Commission LPP avait conscience de ce problème pour les petits revenus mais elle s'est tout de même prononcée en faveur de la formulation actuelle qui ne prend en compte que la perte financière que le conjoint séparé subit par le décès de son ancien conjoint. Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce principe étant donné que le nouveau droit du divorce (cf. en particulier l'art. 125, al. 1, CC) renforce l'idée que, dans la mesure du possible, chaque conjoint doit acquérir son indépendance économique et subvenir à ses propres besoins après le divorce.

Art. 20a Cotisations payées par la personne assurée

Le droit actuel de la prévoyance professionnelle ne contient aucune restriction quant à l'ordre des bénéficiaires que l'institution de prévoyance peut appliquer dans son règlement à la prévoyance surobligatoire (cf. art. 49, al. 2, LPP et L'ordre des bénéficiaires des deuxième et troisième piliers, Aspects de la sécurité sociale n^{o} 18/98 [édité par l'Office fédéral des assurances sociales], p. 10 s.). Par contre, le droit fiscal prévoit une telle limitation de fait de l'ordre des bénéficiaires. Selon la circulaire n^{o} 1a (période d'imposition 1987/88) de l'Administration fédérale des contributions, pour que des institutions de prévoyance ayant leur propre personnalité juridique puissent être exemptées d'impôt, il faut que le cercle des bénéficiaires dans le régime surobligatoire ne soit pas trop large. Selon cette circulaire, seules les personnes suivantes peuvent être des bénéficiaires au sens de la prévoyance : premièrement, les ayants droit selon les articles 18 à 22 LPP (c'est-à-dire la veuve, les orphelins et la femme divorcée) ; deuxièmement, le veuf, ainsi que les personnes auxquelles le preneur de prévoyance apportait un soutien prépondérant lors de son décès ou dans les dernières années précédant sa mort ; et, troisièmement, les enfants, les parents, les frères et sœurs et les enfants de ces derniers, pour autant que ces personnes ne soient pas concernées par les chiffres 1 et 2. En l'absence de personnes selon les chiffres 1 à 3, les cotisations payées par le preneur de prévoyance, ou la moitié du capital de prévoyance peuvent être versées aux autres héritiers légaux, à l'exception des collectivités publiques. En l'absence de tels héritiers, le capital de prévoyance doit revenir dans son intégralité à l'institution de prévoyance (cf. Aspects de la sécurité sociale, op. cit., p. 11).

Dans le message du 1er mars 2000 relatif à la révision de la LPP, il était prévu dans un premier temps (p. 2549), d'une part, que les enfants des frères et sœurs (neveux et nièces) seraient désormais eux aussi considérés comme des « autres héritiers légaux » et, d'autre part, que ces héritiers ne pourraient recevoir que la moitié des cotisations versées

par l'assuré ou la moitié du capital de prévoyance. Ce dispositif n'avait pas été remis en cause lors des débats parlementaires. Mais par la suite, le Parlement, durant sa session d'automne 2003, est revenu sur cette disposition et à décidé que les autres héritiers légaux auraient droit à la totalité des cotisations versées par la personne assurée.

Sur la base des débats parlementaires, l'ordonnance prévoit que les cotisations payées par l'assuré incluent aussi les prestations de rachat fournies par lui (cf. interventions des conseillers aux Etats Rolf Büttiker et Eugen David, le 16 septembre 2003).

Si une institution de prévoyance veut que ses assurés bénéficient, dans le régime surobligatoire, des dispositions de l'art. 20a LPP, elle doit préciser dans son règlement si le versement doit porter sur les 50 % du capital de prévoyance ou sur l'ensemble des cotisations de la personne assurée (art. 20a, al. 1, let. c, LPP).

Art. 21 Bonifications complémentaires uniques

Selon les art. 113 et 196, ch. 11, de la Constitution fédérale, les mesures spéciales introduites pour la génération d'entrée doivent prendre fin 20 ans après l'entrée en vigueur de la LPP le 1er janvier 1985, soit le 31 décembre 2004. Cette disposition concerne les mesures spéciales de l'art. 70 LPP, disposition qui a été abrogée par la 1ère révision. Il n'existe donc plus de mesures spéciales, raison pour laquelle il est nécessaire de supprimer l'art. 21 OPP2. Les quelques cas qui ont démontré l'utilité du maintien de ces mesures se heurtent toutefois à de considérables complications administratives et des coûts y relatifs disproportionnés pour les autres institutions de prévoyance, de sorte qu'il y a lieu d'y renoncer.

Art. 22 Réduction des bonifications complémentaires

Selon l'ancien droit, une institution de prévoyance pouvait diminuer les bonifications complémentaires lorsque la faiblesse du salaire coordonné est due à des circonstances spéciales et ne correspond visiblement pas à la notion de revenus modestes et si les mesures spéciales fondées sur l'art. 70 LPP en vigueur jusqu'ici ne conduisaient pas à suffisamment de moyens pour financer les bonifications complémentaires. Comme l'art. 70 LPP a été abrogé, cette possibilité de réduction perd ainsi sa raison d'être. La nouvelle mouture de l'art. 33 al. 2 fixe la compétence de financer les bonifications complémentaires aux institutions de prévoyance.

Art. 23 **Bonifications annuelles supplémentaires dans des cas particuliers**

Cette disposition concerne les mesures spéciales de l'art. 70 LPP, disposition qui a été abrogée par la 1ère révision. Il n'existe donc plus de mesures spéciales, raison pour laquelle il est nécessaire de supprimer cette disposition.

Art. 24, al. 2 et 3 **Avantages injustifiés**

L'ajout, dans la 2e phrase de l'al. 2, du revenu que l'assuré invalide « pourrait raisonnablement encore obtenir » rend compte du fait que les invalides partiels, en vertu de l'obligation de réduire le dommage, sont tenus de réaliser un revenu d'une activité lucrative et que le revenu de remplacement, tel que les indemnités journalières de l'assurance-chômage (AC), doit aussi être pris en compte en cas d'aptitude au placement.

La 1ère révision LPP a créé à l'art. 19 LPP une rente de veuf qui doit également être prise en compte. Il faut donc compléter l'al. 3 en conséquence.

Art. 25, al. 2 et 3 **Coordination avec l'assurance-accidents et l'assurance militaire**

Ces dernières années, tant le législateur que la pratique des tribunaux ont fortement restreint la possibilité de réduire les prestations lorsque la réalisation du risque assuré est due à une grave négligence. De nouvelles dispositions sont en outre en vigueur depuis le 1er janvier 2003, date de l'entrée en vigueur de la LPGA, dont l'art. 21 donne à toutes les assurances sociales la même réglementation en matière de réduction ou de refus des prestations. Depuis lors, les prestations en espèces ne peuvent être réduites ou refusées que si le cas d'assurance a été provoqué intentionnellement ou par le biais d'un crime ou d'un délit. Les règles jusque-là déterminantes dans la LAA en matière de réduction des prestations (p. ex. réduction limitée des indemnités journalières en cas de négligence grave pour les accidents non professionnels) sont maintenues, avec la mention expresse qu'elles dérogent à la LPGA. Il est donc justifié d'adapter, dans l'al. 2, la teneur de la norme légale en vigueur concernant la réduction ou le refus des prestations en renvoyant aux dispositions en la matière de la LAA et de la LAM.

Al. 3: Cette disposition est utilisée si l'institution de prévoyance n'est redevable d'aucune prestation pour le cas de prévoyance, pour lequel l'assurance-accidents est tenue à prestations. Pour ces assurés, l'institution de prévoyance doit seulement tenir le compte de vieillesse selon l'art. 14. Entretemps, le système a été modifié et l'institution de prévoyance est en principe tenue à prestations, même si l'assurance-accidents sert les prestations; dans ces cas, elle ne peut que réduire les prestations pour cause de surassu-

rance. Pour ces assurés, elle doit donc, déjà sur la base des art. 14 et 15 poursuivre le compte de vieillesse. Cette disposition est ainsi devenue caduque et doit être abrogée.

Art. 26

Actuel art. 27

Section 7 (nouvelle) **Recours**

Art. 27 **Subrogation**

Le titre et le renvoi doivent être adaptés au nouvel art. 34b LPP (subrogation).

L'art. 26 OPP 2 en vigueur jusqu'ici est remplacé, dans le cadre du régime obligatoire, par la norme de subrogation (art. 34b LPP), laquelle prévoit que l'assuré cède ses droits à l'institution de prévoyance. Dans ce contexte, l'institution de prévoyance doit être placée sur un pied d'égalité avec les autres assurances sociales, ce qui justifie que les art. 26 à 26f s'inspirent directement des articles correspondants de la LPGA (art. 72 à 75 LPGA) et de l'OPGA (art. 13, 16 et 17).

L'al. 1 établit que, lorsqu'il y a plusieurs responsables, l'institution de prévoyance subrogée peut faire valoir la prétention contre l'ensemble des responsables, ceux-ci devant répondre solidairement du dommage. Cette disposition correspond à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lequel, dans l'ATF II 289 et dans Pra 2003 Nr. 212, 4C.208/2002, part du principe que l'assureur social subrogé jouit d'un droit de recours intégral, cette règle ne pouvant être enfreinte que si le législateur le prévoit. Les droits de la personne lésée contre le tiers responsable ne sont cédés à l'institution de prévoyance dès la survenance de l'événement dommageable que si cette dernière lui sert des prestations légales.

Aux termes de l'al. 2, les délais de prescription applicables aux droits de la personne lésée le sont également aux droits qui ont passé à l'institution de prévoyance. Pour les prétentions de l'institution ainsi habilitée à recourir, les délais ne commencent toutefois à courir qu'à partir du moment où celle-ci a eu connaissance des prestations qu'elle doit allouer (et non du fait qu'elle doit les allouer), ainsi que du responsable. Cependant les délais de prescription absolus protègent les responsables contre les prétentions remontant à une date trop éloignée. Les délais de prescription relatifs doivent être sensiblement plus courts et ne commencer à courir qu'à partir du moment où l'institution de prévoyance a connaissance des prestations à allouer, ainsi que du responsable.

L'al. 3 prévoit que lorsque la personne lésée dispose d'un droit direct contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'institution de prévoyance subrogée. Cette dernière jouit par conséquent des mêmes droits que la personne lésée en ce qui concerne les exceptions fondées sur le contrat d'assurance qui ne peuvent pas lui être opposées ; la subrogation porte donc aussi sur le traitement desdites exceptions. Cette disposition correspond à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lequel, dans l'ATF II 289 et dans Pra 2003 Nr. 212, 4C.208/2002, a arrêté qu'une assurance sociale subrogée se substitue entièrement à la personne lésée dans l'exercice de ses droits.

Art. 27a Etendue de la subrogation

En vertu du principe du droit préférentiel, la personne lésée a prioritairement droit à ce que ses prétentions en responsabilité civile soient couvertes. Aux termes de l'al. 1, la subrogation et le droit préférentiel à respecter dans le cadre de celle-ci ne peuvent se rapporter qu'à des prestations dues pour la même période.

L'al. 2 établit que la répartition en quotes-parts ne peut se rapporter qu'à l'étendue de la réduction des prestations pour faute causée par l'assuré. Le droit à la réparation du dommage excédant les prestations d'assurances non réduites doit revenir uniquement au lésé. Cette réglementation permet d'obtenir que la somme des droits du lésé contre le tiers responsable et l'institution de prévoyance soit exactement diminuée du montant de la réduction appliquée par l'institution de prévoyance.

L'al. 3 prévoit que les droits qui ne passent pas à l'institution de prévoyance restent acquis à la personne assurée ou à ses survivants et autres bénéficiaires (on parle à leur propos de dommage direct). Le principe du droit préférentiel s'applique aussi lorsque la prétention contre le tiers responsable ne peut être entièrement satisfaite du fait que ce dernier n'est pas suffisamment solvable.

Art. 27b Classification des droits

L'al. 1 pose le principe de la concordance matérielle. On parle de concordance matérielle lorsque les prestations à classer sont de même nature et remplissent une fonction identique.

L'al. 2, let. a, se rapporte aux rentes d'invalidité et aux prestations qui les remplacent. Cette disposition dit explicitement que les rentes de vieillesse qui sont versées en lieu et place de rentes d'invalidité doivent être traitées de la même manière que celles-ci. Elles ne peuvent donc être considérées comme concordant avec des prestations dues par des

tiers responsables que si ces dernières ont été caclculées comme réparation pour perte de gain même au-delà de l'âge de la retraite.

Selon la let. b, il y a concordance entre les rentes de survivants des assurances sociales et la réparation pour perte de soutien selon l'art. 45, al. 3, CO. Toutefois les rentes de survivants sont des prestations indépendantes qui ne présupposent pas toutes sans exception une perte de soutien ; on ne peut donc pas répondre à la question de la concordance globalement, mais seulement en se référant aux diverses catégories de prestations parmi les rentes de survivants.

Art. 27c Limitation du droit de recours

L'existence d'un privilège signifie que la personne en principe responsable ne doit pas se porter garante d'une réparation ou d'une prétention récursoire ; le privilège est en général motivé par une relation étroite entre la personne responsable et la personne lésée. De manière générale, les privilèges ne s'appliquent pas lorsque la personne responsable a agi intentionnellement ou a commis une négligence grave. Dans ces cas, rien ne justifie un traitement privilégié. Un privilège de recours est appliqué depuis longtemps déjà dans le droit des assurances privées (art. 72, al. 3, LCA) ; dans celui des assurances sociales, il a dû d'abord s'imposer en tant que principe (ATF 112 II 167 et 117 II 609) avant d'être inscrit dans la loi (art. 75 LPGA). Il est donc justifié de soumettre aux mêmes limitations l'institution de prévoyance subrogée.

Selon l'al. 1, appartiennent au cercle des personnes privilégiées le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante ou descendante et les personnes qui font ménage commun avec lui. Le privilège s'applique uniquement aux cas de responsabilité causale et à ceux dans lequel le dommage est le résultat d'une négligence légère.

L'al. 2 cite en tant que personnes privilégiées l'employeur de l'assuré, les membres de sa famille et les travailleurs de son entreprise. Là aussi, le privilège est caduc si le cas d'assurance a été provoqué intentionnellement ou s'il est survenu par suite d'une négligence grave.

Art. 27d Conventions

Toutes les assurances sociales, y compris les institutions de prévoyance, doivent avoir la compétence de conclure entre elles ou avec d'autres intéressés (p. ex. des assurances responsabilité civile) des conventions destinées à simplifier le règlement des sinistres.

Art. 27e Rapports entre l'institution de prévoyance et les assureurs sociaux disposant du droit de recours

Cet article réglemente la communauté de créanciers formée par les assureurs subrogés (parmi lesquels figure l'institution de prévoyance) et leur fait obligation de répartir entre eux les montants récupérés jusqu'à concurrence des prestations concordantes dues par chacun d'eux.

Art. 27f Recours contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile

Lorsque plusieurs assureurs sociaux sont habilités à recourir contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile, il leur appartient de désigner celui qui les représentera. Si les intéressés ne parviennent pas à s'entendre, il y a lieu de prévoir que l'exercice des prétentions récursoires sera exercé dans l'ordre suivant: par l'assurance-accidents, par l'assurance militaire, par l'assurance-maladie, et en dernier lieu par l'AVS/AI.

Section 8 (nouvelle) **Procédure en cas de liquidation partielle ou totale**

La liquidation partielle est réglée à nouveau et pour la première fois légèrement plus en détail dans les art. 53b à d. Selon l'art. 53b, al. 1, LPP les institutions de prévoyance règlent les conditions et la procédure relatives à la liquidation partielle dans le règlement. Les dispositions d'application de l'art. 27g et h OPP 2 contiennent les principes qu'il convient de prendre en considération à cet égard.

Art. 27g Droit aux fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale

L'al. 1 répète le droit - ancré dans la loi (art. 23, al. 1, LFLP) - aux fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale.

L'al. 2 donne à l'institution de prévoyance la possibilité d'adapter les fonds libres lorsqu'il y a eu modification importante des actifs et des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation et celui du transfert des fonds libres, par exemple en cas de chute des marchés financiers.

L'al. 3 prescrit que les éventuels découverts de techniques d'assurance doivent être établis selon l'art. 44 et que les déductions doivent toujours être opérées individuellement

sur la prestation de sortie. Si cette prestation a déjà été transférée sans déduction, l'assuré – ou plus précisément l'institution de prévoyance ou l'institution de libre passage auprès de laquelle se trouve le capital de prévoyance – doit rembourser le montant de la déduction.

Art. 27h Droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation en cas de liquidation partielle ou totale

L'al. 1 se fonde sur la volonté du Parlement d'instaurer une égalité de traitement en cas de sortie collective, volonté qui s'est traduite par l'art. 53d, al. 1, LPP. A l'avenir, en cas de sortie collective, une participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation devra être accordée aux assurés sortants, en plus des prestations de sortie et des fonds libres (art. 23, al. 1, LFLP). Le droit aux moyens nécessaires à la continuation de l'institution (Fortbestandsinteressen) est ainsi limité. Il n'est par exemple plus admis de mettre à la charge des assurés sortants le besoin supplémentaire de réserves de fluctuation de risques résultant d'une baisse de l'effectif d'assurés. Le droit aux provisions et aux réserves de fluctuation n'existe cependant que dans la mesure où les risques d'assurance et les risques liés aux placements sont eux aussi transférés. Il convient également de prendre en considération la forme des valeurs de fortune à transférer. Ainsi, il n'y aura pas besoin de transférer des réserves de fluctuation pour des immeubles si la caisse reprenante n'a pas d'immeubles dans son portefeuille et que la fortune transférée est constituée d'argent liquide. Si aucun rentier ne change d'institution de prévoyance, le collectif sortant n'aura pas droit ou n'aura qu'un droit réduit aux provisions pour l'adaptation des rentes au renchérissement. Les institutions de prévoyance disposent d'une certaine autonomie : elles doivent définir dans leur règlement quelles sont les conditions d'une liquidation partielle. Cela vaut tout particulièrement pour les institutions communes auxquelles sont affiliées de très petites entreprises, dont la sortie ne conduit pas à une liquidation partielle. Les institutions de prévoyance doivent également déterminer à quelles conditions il est procédé à la liquidation partielle.

On ne peut faire valoir de droit aux provisions et aux réserves de fluctuation à l'égard de l'institution supplétive car il existe une obligation légale d'affiliation à cette dernière (art. 60, al. 2, LPP), ce qui signifie qu'elle doit aussi affilier des employeurs qui ne sont pas en mesure de racheter les provisions et les réserves de fluctuation. S'il en allait autrement, l'équilibre financier de l'institution supplétive ne pourrait pas être maintenu.

En outre, on peut tenir compte de la contribution du collectif sortant au financement des provisions et des réserves de fluctuation.

Conformément à l'al. 2, c'est l'organe paritaire ou l'organe compétent selon les statuts ou le règlement de l'institution de prévoyance qui décide des provisions et des réserves de

fluctuation. Les prescriptions de l'art. 53d, al. 5 et 6, LPP (information et moyens de droit) sont applicables à la prétention collective.

L'al. 3 prescrit que la prétention doit dans tous les cas être transférée collectivement et qu'elle doit, dans la nouvelle institution, être portée au compte des provisions et des réserves de fluctuation conformément aux dispositions réglementaires de ladite institution (art. 48e, al. 1).

L'al. 4 donne à l'institution de prévoyance la possibilité d'adapter les provisions et les réserves de fluctuation lorsqu'il y a eu modification importante des actifs et des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation et celui du transfert des fonds libres, par exemple en cas de chute des marchés financiers.

Aux termes de l'al. 5, il n'y a sortie collective que si plusieurs assurés sont transférés en groupe dans une nouvelle institution de prévoyance car ces assurés sont touchés par une mesure dont le groupe n'est pas la cause. On trouve un exemple de mesure causée par le groupe lui-même dans le cas Diasan[13]. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé qu'un groupe de travailleurs ayant quitté l'entreprise pour fonder une entreprise concurrente n'a pas droit aux fonds libres de la première institution de prévoyance.

Section 9 (nouvelle) **Conservation des pièces**

Art. 27i **Obligation de conserver les pièces**

L'*al. 1* pose le principe que les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage sont tenues de conserver les pièces relatives à la prévoyance des personnes assurées et des preneurs de prévoyance, afin de leur permettre d'exercer leurs droits vis-à-vis des institutions de prévoyance professionnelle. Les *al. 2 et 3* fournissent des exemples en dressant une liste non exhaustive des types de documents à conserver. On peut encore citer, comme autres pièces importantes et donc également à conserver, celles qui ont un contenu médical (p. ex. en relation avec une éventuelle réserve pour raison de santé), la convention de prévoyance entre le preneur de prévoyance et l'institution de libre passage ou la convention d'assurance entre la personne assurée et l'institution d'assurance. Il faut donc conserver tous les documents qui fournissent des indications importantes relativement aux droits que les assurés peuvent faire valoir. Les institutions de prévoyance professionnelle ne sont pas tenues de conserver l'original (papier) des documents. L'alinéa *4* autorise la conservation sur des supports d'images ou de données, mais uniquement à la condition que les documents conservés demeurent lisibles en tout temps ; les institutions de prévoyance professionnelle qui veulent faire usage de cette

13 ATF 119 Ib 46 ss.

possibilité doivent donc veiller à disposer des appareils nécessaires pour assurer cette lisibilité.

Art. 27j Délai de conservation

Les délais de conservation fixés à l'*art. 27j, al. 1 à 3, OPP 2* distinguent entre la survenance d'un cas de libre passage et celle d'un cas de prévoyance. Le message donne à ce sujet des prescriptions claires (voir p. 2539 s.).

Art. 27k Obligation de conserver les pièces en cas de liquidation

Cet article prévoit, ce qui est nouveau, qu'en cas de liquidation d'une institution de prévoyance professionnelle, la tâche de conserver et d'utiliser correctement les documents incombe au liquidateur. Jusqu'à maintenant, aucune réglementation explicite ne disait ce qu'il advenait en pareil cas des documents relatifs à la prévoyance des personnes assurées.

Art. 35, référence entre parenthèse et al. 1 et 2 Attributions

Les deux alinéas actuels sont fondus en un seul alinéa et l'al. 2 est abrogé. La let. c de l'al. 1 fixe désormais comme règle que l'organe de contrôle doit examiner si l'institution de prévoyance a pris les mesures exigées par les articles 48g à 48h ainsi que l'article 49a, al. 3 et 4.

Art. 37, al. 2 , 38 et 46

Ces dispositions sont abrogées parce que leur période de validité est échue (dispositions sur la reconnaissance des experts) ou que leur fondement légal n'est plus en vigueur (mesures spéciales).

Art. 48e (nouveau) Réserves de fluctuation et autres réserves

Selon cet article, l'institution de prévoyance est tenue de fixer dans un règlement les règles pour la constitution des réserves de fluctuation et des autres réserves et elle doit en cela respecter le principe de la permanence. Les normes découlant des recommandations relatives à la présentation des comptes Swiss GAAP RPC 26 du 1er janvier 2004 (en particulier, chiffre 15.4) doivent être respectées à cet effet. L'expert en matière de

prévoyance professionnelle doit se prononcer sur les réserves de fluctuation et autres réserves dans sont rapport périodique.

Section 2b Loyauté dans la gestion de la fortune

Art. 48f Conflits d'intérêts et avantages financiers

Cet article correspond à l'article 5 du Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle[14]. D'une façon générale, il interdit le versement de ce qu'il est convenu d'appeler des pots-de-vin ou des dessous-de-table, à savoir des sommes versées sans raison officielle ou secrètement afin d'obtenir un avantage indu ; on déduit également de cette disposition que les commissions que touchent les gestionnaires de fortune reviennent par principe aux institutions de prévoyance, ces gestionnaires étant déjà rémunérés par lesdites institutions. Il correspond aussi à la réglementation concernant les marchés financiers et la gestion de fortune applicable aux banques : directives, circulaires et autres règles de conduite. Pour les banques et les institutions soumises à cette réglementation spéciale, lesdites normes demeurent réservées.

L'alinéa 1 donne la possibilité de conclure des affaires pour leur propre compte à l'égard de personnes et d'institutions qui gèrent les placements découlant de la fortune de prévoyance dans la mesure où de telles affaires n'aient pas été expressément interdites par l'institution de prévoyance et ne soient pas abusives.

L'alinéa 2 définit des comportements qui sont considérés comme abusifs même lorsqu'il en résulte aucun avantage financier. Il s'agit en l'occurrence de devoirs de comportement dont la violation peut entraîner une condamnation pour gestion déloyale conformément à l'article 158 du code pénal. En particulier, les comportements suivants ne sont pas admis:

Selon la lettre a : l'utilisation d'une avance d'information boursière en vue d'obtenir un avantage financier.

Selon la lettre b : le commerce d'un titre ou d'un placement aussi longtemps que l'institution de prévoyance en fait aussi elle-même le commerce pour autant qu'il peut en résulter un désavantage à son encontre. Toute participation à de telles affaires sous une autre forme n'est pas autorisée non plus.

Selon la lettre c : les placements effectués en ayant connaissance de transactions décidées ou prévues par les institutions de prévoyance, ce que l'on désigne communément par „front running".

L'alinéa 3 autorise la conclusion de placement parallèles („parallel running") dans la mesure où il n'en résulte aucun désavantage pour l'institution de prévoyance. On se trouve à nouveau en présence d'une violation d'un devoir de comportement lorsqu'il en résulte

[14] Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle du 4 mai 2000 ("Kodex") de la Fondation Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Pour l'obtenir: bureaux de la Fondation: case postale 4765, 6002 Lucerne, e-mail: mail@verhaltenskodex.ch

un désavantage qui conduit à l'application de l'article 158 CP pour gestion déloyale dans la mesure où les conditions requises sont remplies.

Art. 48g Avantages financiers personnels : annonce

L'article 48g oblige les personnes et les institutions qui gèrent et administrent la fortune de prévoyance à déclarer chaque année par écrit à l'organe paritaire si et quels avantages patrimoniaux personnels elles ont reçus en rapport avec l'exercice de leur activité pour l'institution de prévoyance. Ne sont pas soumis à ce devoir d'annonce les cadeaux bagatelles ainsi que les cadeaux occasionnels d'usage. Les personnes travaillant pour une institution de prévoyance sont tenues de transmettre à l'institution de prévoyance les commissions et éventuels rabais qu'elles ont obtenu en rapport avec cette activité. L'annonce n'est pas nécessaire pour les institutions qui sont soumises à la loi sur les banques, car elles sont soumises à une réglementation très stricte en matière de gestion de fortune, laquelle va au-delà des exigences de cette disposition. Pour ces institutions, il y a lieu de faire application des règles particulières les concernant.

Art. 48h Exigences à remplir pour les gestionnaires de fortunes

En vertu de l'article 48h, l'institution de prévoyance ne peut confier le placement et la gestion de sa fortune de prévoyance qu'à des personnes et institutions dont les aptitudes et l'organisation permettent de garantir les exigences des articles 48f à 48g.

Une institution de prévoyance qui ne gère pas elle-même sa fortune ou qui ne la confie pas à une fondation de placement peut mandater des organismes de financement qui sont déjà au moins soumis à une loi relative au financement[15]. Dans les exigences de l'OFAS aux fondations de placement[16], il est recommandé à ces dernières de fixer dans leurs statuts que la Direction soit indépendante à l'égard de leurs placements, respectivement de leurs fournisseurs de prestations. Lorsque cela n'est pas possible, les conflits d'intérêts potentiels devraient être minimisés par d'autres réglementations et leur traitement réglé.

L'article 48h s'adresse en particulier aux institutions de prévoyance qui gèrent elles-mêmes leur fortune ou qui la confient à des organismes de gestion qui ne sont pas soumis à l'une de ces réglementations particulières. Il importe que toutes les personnes qui gèrent et administrent la fortune confiée par une institution de prévoyance disposent également des capacités pour une conduite irréprochable des affaires. Dans ce but, il s'agit d'appliquer par analogie les exigences contenues dans les lois précitées.

15 Cf. art. 3, al. 2, let. c de la loi sur les banques, art. 9, al. 4 de la loi fédérale sur les fonds de placements, art. 3, al. 2, let. b et art. 10, al. 2 de la loi sur les bourses, art. 14, al. 2, let. c de la loi sur le blanchiment d'argent.

16 Exigences aux fondations de placement du 1er mai 1999, pt. 4, OFAS.

Il correspond aussi à la réglementation concernant les marchés financiers et la gestion de fortune applicable aux banques : directives, circulaires et autres règles de conduite. Pour les banques et les institutions soumises à cette réglementation spéciale, lesdites normes demeurent réservées.

Art. 49a, référence entre parenthèse et al. 3 et 4 **Devoir de conduite**

En vertu de l'alinéa 3, l'institution de prévoyance détermine les mesures appropriées d'organisation à prendre en vue d'appliquer les exigences minimales des articles 48f à 48h. Elle doit ainsi fixer dans un règlement :

- Quelles sont à cet effet les dispositions qui doivent figurer dans les contrats que l'institution de prévoyance conclut avec les personnes qui gèrent et administrent la fortune de prévoyance qu'elle leur a confiée.
- Quelles personnes et quelles affaires personnelles peuvent être conclues pour leur propre compte.
- Quelles sont les personnes chargées de la gestion et de l'administration de la fortune de prévoyance et qui doivent par conséquent fournir une attestation écrite selon l'article 48g.

En vertu de l'alinéa 4, l'institution de prévoyance peut se référer aux normes et règles des organisations et des associations reconnues lors de l'établissement des prescriptions découlant de l'alinéa 3. En font notamment partie:

- Le Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle (2000)[17];
- Les directives de l'Association suisse des banquiers du 22 janvier 1997 concernant les règles de conduites;
- Le „Handbook of best practice" de l'Association suisse de l'analyse financière et de l'administration de la fortune (2002).

Art. 60c, al. 2 **Abrogation du droit en vigueur**

L'interdiction introduite par l'art. 71, al. 2, de la LPP révisée rend caduque l'ordonnance sur la mise en gage des droits d'une institution de prévoyance.

[17] Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle du 4 mai 2000 ("Kodex") de la Fondation Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Pour l'obtenir: bureaux de la Fondation: case postale 4765, 6002 Lucerne, e-mail: mail@verhaltenskodex.ch

Par conséquent, dès l'entrée en vigueur de la révision de la LPP, les institutions de prévoyance ne peuvent plus effectuer de mises en gage en relation avec des contrats d'assurance. Par contre, les gages déjà existants subsistent, conformément au principe de non-rétroactivité des lois.

Section 1a Dispositions en application de la lettre e) des disp. trans. de la 1ère révision de la LPP

La compétence législative du Conseil fédéral repose sur le message de la 1ère révision de la LPP. A cet effet, dans l'éventualité d'une entrée en vigueur différente des dispositions modifiées de la 1ère révision de la LPP et de la 11ème révision de l'AVS, le Conseil fédéral a proposé au Parlement de lui donner compétence de procéder aux nécessaires adaptations de coordination dans le cadre de l'ordonnance : «Si l'âge ordinaire de la retraite n'est pas fixé à 65 ans pour les femmes et pour les hommes, le Conseil fédéral a au moins la compétence d'augmenter l'âge de la retraite des femmes dans la LPP à 64 ans et d'effectuer les adaptations techniques nécessaires » (message, FF 2000, p. 2561).

Cette adaptation se trouve dans un chapitre spécial, à la fin de l'ordonnance. En effet, si on n'adapte pas l'âge de la retraite des femmes dans la LPP à celui de l'AVS, on se heurte alors à des problèmes de discriminations des femmes qui seraient contraintes de percevoir une rente LPP à 62 ans et qui se verraient appliquer un taux de conversion réduit, ce qui aurait pour conséquence de réduire leur rente.

Si l'on devait procéder par voie législative ordinaire, il y a lieu de compter au minimum une année, de sorte qu'on se heurterait aussi à une lacune entre 62 et 64 ans pour les femmes. Cela signifie qu'il faudrait demander la prorogation de la loi relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle, pour éviter cette lacune. Mais dans ces cas, on ne pourrait pas procéder aux adaptations techniques et l'assurance des femmes prêterait toujours à confusion.

Cette procédure est donc la moins défavorable aux femmes. Elle permet les adaptations nécessaires tant de l'âge de la retraite que des dispositions techniques y relatives. Par ailleurs, pour tenir compte des femmes qui avaient prévu de prendre la retraite à 62 ans et qui seraient ainsi brutalement confrontées à un relèvement de l'âge de la retraite à 64 ans dans la LPP, sans possibilité de prendre une retraite anticipée, une disposition transitoire de deux ans est prévue.

Art. 62a Age ordinaire de la retraite des femmes

Le premier alinéa fixe la modification de l'âge de la retraite des femmes de l'art. 13 al. 1 LPP qui renvoie à l'âge ordinaire des femmes dans l'AVS. Jusqu'à la fin 2004, il est de 63 ans ; dès le 1er janvier 2005, il passera à 64 ans. Ainsi, il y aura toujours une coordination entre l'AVS et le 2ème pilier. Si l'âge ordinaire de la retraite dans l'AVS est augmenté pour les femmes, cela entraînera automatiquement l'augmentation de l'âge ordinaire de la retraite dans la LPP.

L'alinéa 2 contient les modifications techniques nécessaires à l'adaptation des dispositions relatives au taux de conversion minimal (art. 14 al. 2 LPP), aux taux de bonifications de vieillesse (art. 16 LPP) et au taux de conversion pour le calcul de la rente d'invalidité (art. 24 al. 2 LPP). Ainsi, lorsqu'il s'agira des femmes, on se fondera sur des données valables jusqu'à l'âge de 64 ans et non plus de 65 ans.

La disposition transitoire c.) de la 1ère révision LPP avait été élaborée sur la base de l'hypothèse que la 1re révision LPP et la 11e révision AVS entreraient en vigueur le 1er janvier 2003. Comme tel n'a pas été le cas, l'al. 2 lettre b consiste en les adaptations nécessaires en se basant sur l'art. e.) des dispositions transitoires de la 1ère révision de la LPP.

Section 1b Disposition transitoire concernant les dispositions en application de la lettre e) des disp. trans. de la 1ère révision de la LPP

Art. 62b Disposition spéciale pour les femmes nées en 1942 ou en 1943

Alinéa 1: Pour tenir compte de la situation des femmes qui avaient prévu de prendre une retraite anticipée dans l'AVS dès l'âge de 62 ans, à partir de l'année 2005 et qui se verraient subitement confrontées à une augmentation de l'âge de la retraite dans la LPP à 64 ans, sans possibilité d'anticipation (l'anticipation de l'âge de la retraite n'est pas possible dans le cadre du minimum obligatoire selon la LPP), il y a lieu de prévoir que l'institution de prévoyance leur verse une rente réduite LPP en lieu et place d'une prestation de sortie. En effet, si tel était le cas, ces femmes subiraient une nouvelle discrimination en perdant leur droit à la rente. Une seule exception : si elles s'annoncent à l'assurance-chômage, car dans ces cas on suppose qu'elles ne veulent pas prendre leur retraite, mais bien poursuivre leur activité lucrative. Cette réglementation est limitée à deux ans. D'ici là, les femmes auront le temps de planifier leur retraite en fonction de la

modification et les dispositions sur la retraite flexible devraient être élaborées, hors de la 11ème révision de la LAVS.

Alinéa 2: Les femmes nées en 1942 sont dans une situation très spéciale puisqu'elles atteignent deux fois l'âge ordinaire de la retraite.

En 2004, ces femmes atteindront l'âge ordinaire de la retraite LPP, soit 62 ans. Mais pour elles, l'âge ordinaire de la retraite AVS est fixé à 64 ans. Si elles n'arrêtent pas de travailler, elles continueront à être assurées selon la loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance professionnelle[18]. Si elles ne cessent pas leur activité avant le 1er janvier 2005, le relèvement de l'âge ordinaire de la retraite LPP s'appliquera également à elles. En 2005, alors que l'âge ordinaire de retraite LPP passera à 64 ans, elles seront âgées de 63 ans. Si elles prennent leur retraite à cet âge, selon le nouveau droit, elles anticiperont la perception de leurs prestations de vieillesse. Elles devront attendre 2006 (année au cours de laquelle elles atteindront l'âge de 64 ans) pour atteindre à nouveau l'âge ordinaire de la retraite.

En principe, la LPP veut qu'en cas de report du versement de la prestation de vieillesse, le taux de conversion soit relevé, et qu'en cas d'anticipation de ce versement, il puisse être réduit. Pour les femmes nées en 1942, auxquelles les deux cas de figure peuvent s'appliquer successivement, il est donc raisonnable qu'un plancher soit fixé pour le taux de conversion, et ce plancher doit être fixé à 7,2 %, taux auquel les personnes auront déjà eu droit. Pour cette raison, le versement anticipé de la prestation de vieillesse ne peut entraîner l'application d'un taux de conversion inférieur à 7,2 %. Cela ne vaut toutefois que pour les rentes de retraite qui sont nées après l'entrée en vigueur de la 1ère révision LPP puisque les dispositions n'ont pas d'effet rétroactif sur les prestations nées plus tôt.

Alinéa 3 : Contrairement aux femmes nées en 1942, les femmes nées en 1943 n'atteindront l'âge ordinaire de la retraite que sous le nouveau droit, soit à 64 ans en 2007. Par conséquent, elles ne bénéficient pas de la même garantie en cas de versement anticipé de la prestation de vieillesse et le taux de conversion de la rente devra être adapté en conséquence.

Art. 62c Taux de conversion minimal et âge ordinaire de la retraite pour des classes d'âge déterminées

Le taux de conversion doit être abaissé à 6,8 % dans les dix ans qui suivent l'entrée en vigueur de la 1re révision LPP. Cette disposition transitoire fixe donc le taux de conversion

18 RS 831.49 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

minimal pour le calcul des rentes de vieillesse et d'invalidité pour les assurés (femmes) qui vont atteindre l'âge ordinaire de la retraite durant ce laps de temps. Tant que l'âge ordinaire de la retraite sera différent pour les femmes et les hommes, le taux de conversion minimal pourra également être différent.

Dispositions transitoires de la modification du 1er juillet 2004

a. Taux de conversion minimal et âge ordinaire de la retraite pour des classes d'âge déterminées

Le taux de conversion doit être abaissé à 6,8 % dans les dix ans qui suivent l'entrée en vigueur de la 1re révision LPP. Cette disposition transitoire fixe donc le taux de conversion minimal pour le calcul des rentes de vieillesse et d'invalidité pour les hommes qui vont atteindre l'âge ordinaire de la retraite durant ce laps de temps. Tant que l'âge ordinaire de la retraite sera différent pour les femmes et les hommes, le taux de conversion minimal pourra également être différent.

b. Prestation de libre passage selon l'art. 14 al. 4

Dans la perspective d'une réactivation, un compte de vieillesse continue à être tenu pour les assurés invalides ou partiellement invalides. Si le calcul des bonifications ne tient pas compte des mesures d'accompagnement liées à la baisse du taux de conversion, les assurés devenus invalides avant le 1er janvier 2005 ne seront pas traités de la même manière que les assurés actifs. Pour compenser la baisse du taux de conversion, il convient donc d'augmenter le salaire coordonné de 5,9 % (différence entre 7,2 % et 6,8 %). Ainsi, lors de la réalisation d'un cas d'assurance, l'assuré dont le droit à la rente d'invalidité s'éteint par suite de disparition de l'invalidité profitera des mesures d'accompagnement liées à la baisse du taux de conversion qui sera appliqué au calcul de ses prestations.

Comme il arrive en pratique très rarement que des rentes d'invalidité cessent d'être versées parce que la capacité de travail a été retrouvée, la correction de 5,9 % (compensation de la baisse du taux de conversion dans la 1re révision LPP) n'est appliquée que lorsque cela se produit. Cette manière de faire permet d'économiser des frais administratifs dans tous les autres cas.

c. Salaire coordonné pour le calcul des prestations de survivants et d'invalidité

Dans un souci d'égalité de traitement également, le salaire coordonné doit être augmenté de 5,9 % lors du calcul des prestations de survivants et d'invalidité. Le taux de 5,9 % correspond aux mesures d'accompagnement pour l'abaissement du taux de conversion dans la 1re révision LPP (différence entre 7,2 % et 6,8 %).

d. Prescriptions réglementaires

Cette disposition prévoit que l'adaptation des règlements et des contrats doit être terminée au plus tard trois ans après l'entrée en vigueur de cette modification d'ordonnance. Comme ce fût le cas lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage, les dispositions légales et de l'ordonnance devaient être appliquées, même si les règlements et les contrats n'avaient pas encore été formellement adaptés par l'institution de prévoyance.

Modification de l'OLP - Commentaire

Art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Selon le droit actuel, l'institution de prévoyance doit verser un intérêt moratoire sur la prestation de sortie d'une personne assurée dès la date où celle-ci a quitté l'institution, même si la personne n'a pas fourni les indications nécessaires concernant l'institution à laquelle doit être transférée la prestation de sortie. Jusqu'au 31 décembre 1999, le taux de l'intérêt moratoire correspondait au taux d'intérêt fixé dans la LPP augmenté de 1 %, soit 5 %. C'est ce qui a poussé les institutions de prévoyance à transférer souvent très vite, après le départ, la prestation de sortie à l'institution supplétive. Ainsi elles n'avaient pas à verser d'intérêt moratoire. Mais cette pratique avait un coût disproportionné, dans le cas où, peu de temps après avoir été versée à l'institution supplétive, la prestation de sortie était transférée à une nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage choisie par l'ayant droit.

Des mesures ont été prises dans la 1re révision LPP pour mettre fin à ces pratiques absurdes et coûteuses. D'une part, lorsque les données concernant la destination de la prestation de sortie font défaut, les institutions de prévoyance doivent attendre six mois avant de pouvoir transférer cette prestation à l'institution supplétive. Et d'autre part, ce qui est très important, l'obligation de verser un intérêt moratoire ne commence plus au

même moment, mais 30 jours après que l'institution de prévoyance a reçu toutes les données nécessaires au transfert (entre le moment de la sortie et cette date, c'est le taux minimal LPP qui doit être versé).

Une solution transitoire est entrée en vigueur le 1er janvier 2000, pour inciter les institutions de prévoyance à ne pas transférer trop rapidement les prestations de sortie à l'institution supplétive : le taux moratoire a été ramené au taux minimal plus ¼ % seulement. (Cette mesure permettait de « réduire l'injustice » liée au fait que les institutions de prévoyance devaient faire les frais d'un retard dont elles n'étaient pas elles-mêmes responsables.)

L'entrée en vigueur de la 1re révision LPP permet de remplacer la solution transitoire en réintroduisant le taux moratoire initial, changement rendu notamment possible du fait que, selon la nouvelle réglementation, seules les institutions de prévoyance responsables du report du transfert doivent verser des intérêts moratoires[19]. Si toutefois l'intérêt minimal est très élevé, une nouvelle augmentation ne se justifie pas. Dans ces circonstances particulières, le taux d'intérêt minimal est alors considéré comme taux d'intérêt moratoire.

Art. 15 Bénéficiaires

Le message prévoit que la même définition du cercle des bénéficiaires doit s'appliquer à la prévoyance professionnelle surobligatoire et au domaine du libre passage (message, p. 2541). La réglementation de l'art. 20a LPP doit donc être reprise par analogie dans l'OLP.

Modification de l'OFG - Commentaire

Art. 12a Financement de la Centrale du 2e pilier

Selon l'al. 1, la Centrale du 2e pilier est d'abord financée par les avoirs de libre passage frappés de prescription selon l'art. 41, al. 3 et 4, LPP.

L'al. 2 établit que si ces avoirs ne sont pas suffisants, le financement est assuré selon les principes généraux des art. 12, 14 et 16 OFG.

19 A titre de comparaison, le taux moratoire selon l'art. 104 CO s'élève à 5%.

Art. 14 Système de cotisations

Les dédommagements versés aux caisses de compensation ne concernant que les institutions de prévoyance enregistrées, seules ces dernières doivent être mises à contribution pour leur financement.

Font désormais partie des « autres prestations » le financement de l'organisme de liaison (art. 56, al. 1, let. g, LPP) et – pour autant que les avoirs de libre passage frappés de prescription selon l'art. 41, al. 3 et 4, LPP ne suffisent pas – la Centrale du 2e pilier (art. 56, al. 1, let. f, LPP).

Art. 15 Cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable et dédommagements des caisses de compensation

Cet article doit être complété pour tenir compte du fait que seules les institutions de prévoyance enregistrées sont concernées par les dédommagements versés aux caisses de compensation.

Modification de l'OPP 3 – Commentaire

Art. 2 Bénéficiaires

La possibilité d'inclure les concubins dans le cercle des bénéficiaires, introduite dans l'art. 20a LPP, doit aussi exister dans le pilier 3a (une comparaison entre les ordres des bénéficiaires du domaine surobligatoire, du domaine du libre passage et du pilier 3a montre que c'est actuellement dans le pilier 3a que cet ordre est le plus « ouvert »).

Modifications de l'OPP 2 suite à la 1ère révision de la LPP

Synthèse des résultats de la procédure de consultation sur la deuxième étape (mai 2004

1 Introduction

1.1 Situation initiale

Le 24 mars 2004, le Conseil fédéral a décidé de l'entrée en vigueur de la 1ère révision de la LPP en trois étapes ; il a en même temps adopté les modifications de l'OPP 2 qui concernent la première étape. Ces dispositions concernent la transparence, la gestion paritaire et la résiliation des contrats d'affiliation ; elles sont entrées en vigueur le 1er avril dernier.

La deuxième étape touche toutes les autres dispositions de la 1ère révision, à l'exception du volet dit fiscal, lequel entrera en vigueur lors de la troisième phase, le 1er janvier 2006. Afin de préparer la mise en œuvre de la deuxième étape, le Département fédéral de l'intérieur a mené une procédure de consultation sur les dispositions de l'OPP 2 y relatives. La consultation a débuté à fin mars 2004 et a pris fin le 23 mai 2004.

La liste des autorités, partis politiques et organisations consultés figure en annexe.

1.2 Prises de position enregistrées

Des 94 destinataires consultés, 43 ont pris position, parmi lesquels on trouve : 20 gouvernements cantonaux, 2 partis politiques, 2 autorités ou institutions apparentées, 7 organisations faîtières de l'économie, 2 organes représentatifs des assurés, des rentiers et des travailleurs indépendants, 7 organes d'application (institutions de prévoyance et d'assurance) et 3 autres organisations intéressées.

Par ailleurs, la CSSS-N a fait usage de son droit à être consultée sur le projet d'ordonnance.

Il a également été enregistré 10 prises de position spontanées.

2 Accueil global du projet d'OPP 2

D'une façon générale, le projet d'OPP 2 a été assez bien accueilli. Les cantons de NW et d'AG l'approuvent même sans réserve.

Une large majorité des intervenants estiment que le projet de modifications proposé est positif. C'est le cas des cantons de VD, BL, LU, OW, GL, GR, BS, SH, SO, UR, AR, FR, GE, TG, BE, ZG, TI, SG, de la Conférence des autorités cantonales de surveillance (ci-après CACS), de la Chambre Suisse des actuaires-conseils, de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (ci-après CSSS-N), du Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance de la République et canton de Genève (ci-après AS GE), de l'Union Suisse des fiduciaires (ci-après USF/STV), de l'Union Syndicale Suisse (ci-après USS), de la Fédération Suisse pour l'intégration des handicapés (ci-après, FSIH), du Centre patronal (ci-après CP), de la Commission d'étude pour les problèmes de la prévoyance vieillesse et survivants en Suisse (ci-après CEPP), de l'Association Suisse des Institutions de prévoyance (ci-après ASIP), l'Union Suisse des Arts et Métiers (ci-après USAM), de la Société Suisse des Employés de commerce (ci-après SEC Suisse), de la Fédération des Entreprises Romandes (ci-après FER), de l'Union démocrate du Centre (ci-après UDC), de l'Union patronale suisse et de l'Union Suisse des Paysans.

TG, SH, TI, la **Chambre Suisse des actuaires-conseils, l'ASIP, l'USF/STV** et l'**Union patronale** insistent sur l'urgence d'une mise en vigueur rapide afin que les Caisses de prévoyance puissent mettre en place les nouvelles dispositions dans des délais raisonnables.

La plupart des réserves ou des désaccords exprimés portent sur le maintien des bonifications complémentaires uniques, les dispositions relatives à la liquidation partielle ou totale ainsi que sur le nouveau tarif des émoluments.

Les art. suivants n'ont fait l'objet d'aucune contestation ou remarque:

OPP 2: art. 5, 8, 12a, 12b, 17, 18, 19, 25, 26a, 26b, 37,36, 46 et 60c

Dispositions transitoires: let. f

OPP 1: art. 1, 4b, 5, 7, 8, 9 et 10

OPP 3: art. 5

OFG: art. 12a, 14, 15

La **Conférence suisse des impôts** n'a pas relevé de questions fiscales particulières.

L'Association Suisse d'Assurances (ci-après **ASA/SVV**) a relevé que la complexité de la mise en place de la première révision LPP met gravement en danger la compréhensibilité pour les partenaires sociaux. TI est d'avis que la mise en oeuvre de cette révision générera une hausse notable des coûts administratifs.

Finalement, quelques intervenants ont soulevé des points en relation avec le refus de la 11e révision de l'AVS. Ainsi, selon la **Chambre Suisse des actuaires-conseils et l'Union patronale suisse**, il conviendrait de prendre certaines mesures urgentes: après le rejet de la 11e révision de l'AVS, on devrait partir du principe que l'âge de la retraite ordinaire pour les femmes est 64 ans. L'art. 13 LPP devrait être modifié dans ce sens. De même, pour la **CEPP**, il y aurait lieu de clarifier les conséquences du rejet de la 11e révision de l'AVS. L'âge de la retraite des femmes dans la LPP devrait être relevé à 64 ans, ce qui nécessiterait une révision urgente de l'art. 13 LPP. De même, il faudrait revoir le taux de conversion à l'âge de 64 ans. Pour l'**ASIP**, après le rejet de la 11e révision AVS, la question de l'âge de la retraite des femmes doit être réglée en parallèle avec ce 2e paquet. Ce dernier doit être relevé à 64 ans conformément à la 10e révision de l'AVS. L'art. 13 LPP doit donc être adapté en conséquence. Selon l'**UDC**, l'âge de la retraite des femmes, suite au rejet de la 11e révision de l'AVS, doit absolument être réglé en même temps que ce 2e paquet. Il faudrait modifier rapidement l'art. 13 LPP et fixé l'âge ordinaire de la retraite pour les femmes à 64 ans, conformément à la 10e révision AVS. De plus, en raison des différentes ordonnances dont l'entrée en vigueur est échelonnée, il serait approprié de prévoir un délai d'adaptation (par exemple 3 ans) pour les règlements, principalement pour les caisses publiques.

Parité (Servisa): L'OPP 2 doit être modifiée de telle sorte que la parité se limite à la commission de prévoyance de la caisse affiliée dans les institutions collectives et que la commission de prévoyance reste libre de procéder à une délégation de compétence réglée contractuellement, lui permettant de transférer ses droits et ses obligations à un organe non paritaire de la fondation, sans toutefois perdre son droit de révocation. Pour justifier cette modification, Servisa a joint en annexe la correspondance échangée avec le centre de compétence « Surveillance » de l'OFAS, ainsi qu'une note de 12 pages sur la parité.

Les réponses de **l'Union démocratique fédérale**, **des cantons de Neuchâtel, du Jura, de Zurich, de Schwyz, de l'Alliance des sociétés féminines ainsi que du Parti radical-démocratique suisse** étant parvenues hors délai, nous n'avons pas pu les détailler dans le présent rapport de synthèse puisque ce dernier devait être terminé le 28 mai. Toutefois, dans la mesure du possible, il en a été tenu compte dans l'élaboration des dispositions d'ordonnance.

3 Prises de positions concernant les différentes dispositions d'ordonnances révisées

3.1 Modifications de l'OPP 2

3.1.1 Personnes assurées et salaire coordonné

Art. 1, al. 1, let.b:

Bien que cette disposition ne figure pas dans le projet soumis à consultation, l'**USS,** le **Parti Socialiste Suisse** (ci-après PS) et **Travail.Suisse** proposent de compléter la 1ère phrase, qui aurait ainsi la teneur suivante : « Les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois, *à l'exception des travailleurs occupés dans le cadre d'une location de service » ;* cette adjonction vise à éviter la pratique abusive consistant à ne conclure que des contrats de travail de moins de trois mois pour échapper à l'assujettissement à la prévoyance professionnelle.

L'**USAM**, l'**Union patronale suisse, l'Union des paysannes suisses** et l'**USP** proposent également une modification de cette disposition. Afin d'améliorer la protection des assurés contre les risques décès et invalidité et de limiter les coûts et le travail administratifs, ces intervenants proposent la disposition suivante, inspirée du droit liechtensteinois: " Les travailleurs dont les rapports de travail sont limités à 6 mois au plus sont assurés à la prévoyance professionnelle seulement pour les risques décès et invalidité, mais pas pour la prévoyance vieillesse. Si les rapports de travail sont prolongés au-delà de 6 mois, ils sont alors aussi assurés pour la prévoyance vieillesse dès le moment où la prolongation a été convenue."

Art. 1, al. 1, let. d:

Innovation 2e pilier propose une modification de cette disposition qui ne figure pas dans le projet soumis à consultation. Le terme "au sens" n'est pas approprié et il y aurait lieu de préciser en lieu et place « …conformément au prononcé de l'assurance invalidité fédérale à raison… ».

Art. 2:

L'**USS,** le **PS** et la **SEC Suisse** sont d'accord avec cet art ; ils estiment toutefois que l'art. 2, al. 4, LPP suppose d'autres dispositions d'application et s'attend à trouver ces dispositions dans le troisième paquet de modifications d'ordonnances.

Art. 3a:

UR est d'avis que cette disposition générera une plus grande charge administrative sans pour autant apporter d'amélioration au niveau de l'assurance. Propose plutôt un pourcentage en fonction du degré d'activité.

Selon la **Chambre Suisse des actuaires-conseils**, il faudrait préciser qu'il s'agit d'un montant minimal afin d'éviter qu'un montant de 3'165 fr. seulement ne soit assuré pour tous les salaires AVS dépassant la limite de 18'990 francs. La **Chambre Suisse des actuaires-conseils** propose donc la formulation suivante: « …, muss ein Betrag in der Höhe von mindestens Fr. 3'165 versichert werden." (Ne concerne que le texte allemand).

Le **CP** déclare ne pas comprendre pourquoi le salaire assuré minimal n'est pas réduit de moitié pour les assurés bénéficiant du versement anticipé de la moitié des prestations de vieillesse (art. 13a, al. 6, LPP) et pour les assurés partiellement invalides.

Selon la **FER**, les montants-limites sont réduits en fonction du degré d'invalidité mais pas le montant minimal de 3'165 francs ce qui conduirait à une augmentation du salaire coordonné pour certains invalides partiels et à une inégalité de traitement avec les actifs. La **FER** propose la modification suivante: « … les montants-limites fixés aux art. 2, 7, 8 et 46 LPP… ».

Union patronale suisse: Le maintien du montant minimal malgré l'abaissement du seuil d'accès entraîne un surcroît de cotisations, y compris en cas de réduction des montants-limites selon l'art. 4. Il manque des données quantitatives sur les conséquences de cette modification. Proposition : présenter une variante, dans laquelle le montant minimal serait adapté proportionnellement aux montants-limites selon l'art. 4.

Art. 4:

Union Suisse des Paysans: L'échelle proposée pour la réduction des montants-limites est considérée comme contraire à la loi. La réduction doit se baser sur la perte de revenus et non pas sur le montant de la rente (pour le quart de rente, réduction de 40 %, pour les trois quarts de rente, réduction de 60 %). Sinon, les bénéficiaires d'un quart de rente seraient défavorisés par rapport aux bénéficiaires de trois quarts de rente.

3.1.2 Affiliation de l'employeur

Art. 9:

La Fondation institution supplétive LPP (ci-après FIS) salue le principe selon lequel les caisses de compensation AVS seront compétentes pour transmettre les dossiers à l'institution supplétive. Il sera important de fixer les détails dans une procédure en particulier en ce qui concerne les données à transmettre, car jusqu'à présent l'expérience montre que ces dernières ne sont jamais complètes, ce qui se traduit par une augmentation des frais administratifs.

Selon **Innovation 2e pilier**, il y a lieu de préciser qui fixe cette indemnité forfaitaire. Si c'est l'OFAS, cet office doit être mentionné dans le texte de l'al. 5.

Selon **la Conférence des Caisses cantonales de compensation**, l'indemnité forfaitaire par cas selon les calculs de l'OFAS devrait s'élever entre 7 à 9 francs. Etant donné que **la Conférence** manque d'éléments pour calculer cette indemnité, elle se prononcera dans le cadre du groupe de travail mis sur pied avec l'OFAS. De même pour la procédure à suivre et les documents à remettre dans le cadre des directives.

Union patronale suisse: Les conséquences au niveau des cotisations et des prestations ne sont pas quantifiées.

BE: Tout en saluant le principe de l'indemnité forfaitaire, il y a lieu de préciser à l'alinéa 5 que celle-ci doit couvrir les frais, sinon les employeurs en supporteraient la charge comme „clients de la caisse de compensation ".

3.1.3 Taux d'intérêt minimal

Généralités relatives aux art. 12a et 12b:

De l'avis de la **CSSS-N**, dans le souci de renforcer la confiance de l'opinion publique, le Conseil fédéral doit clairement faire savoir l'importance qu'il accorde aux différents critères prévus à l'art. 15 LPP.

3.1.4 Cas d'invalidité partielle

Art. 15:

USP: Il y a ici le même problème qu'à l'art. 4. L'avoir de vieillesse fondé sur l'invalidité partielle doit correspondre à la perte de revenus (soit 40 % pour un quart de rente et 60 % pour les trois quarts de rente), et non pas au montant de la rente.

De l'avis d'**Innovation 2e pilier**, il y aurait lieu de compléter l'alinéa 2 pour plus de précision dans la dernière phrase « … à la fin des rapports de travail et avant l'âge de la retraite, selon … »

Art. 16, al.2:

Servisa: L'abrogation de l'art. 70 LPP et le projet d'art. 16, al. 2, OPP 2, laissent ouverte la question de savoir si les fonds encore disponibles pour les mesures spéciales doivent créditer l'avoir de vieillesse LPP en cas de distribution volontaire. Comme il est actuellement fréquent que les taux de conversion soient fractionnés, cela joue un rôle pour les prestations de vieillesse. Proposition : préciser que ces fonds doivent toujours créditer l'avoir de vieillesse LPP.

AR, BS, SH, GL, OW, GR, Innovation 2e pilier se prononcent également en faveur de l'abrogation de cet article.

Selon le **CP**, la fin de l'alinéa 2 devrait se référer aux art. 3 à 5 LFLP et non pas aux art. 3, al. 4 et 5, LFLP.

Art. 16a:

L'institution supplétive reprend aussi des contrats d'institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes qui ne dépendent pas de compagnies d'assurance. Selon la **FIS**, il serait par conséquent opportun d'étendre cette réglementation à l'ensemble du 2e pilier.

3.1.5 Prestations d'assurance

Art. 20:

TG propose de mentionner que les IP ne sont plus tenues à prestations lorsque la pension alimentaire selon le jugement de divorce n'est plus versée.

Le **CP** se déclare d'accord avec la suppression de la fin de la disposition actuelle dès lors que l'octroi d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère immunise précisément le conjoint divorcé contre les conséquences financières du décès du rentier-débiteur.

La **CEPP** souhaiterait qu'il soit précisé dans cette disposition que la rente versée en vertu du jugement de divorce continue à être due.

De l'avis de l'**ASIP**, le droit du divorce accorde une importance toute particulière à l'indépendance financière des conjoints séparés. C'est uniquement lorsque la pension alimentaire continue à être due que l'on peut parler d'une perte d'entretien résultant du décès de l'ex-conjoint. L'**ASIP** propose donc la modification suivante: « ... et qu'il ait bénéficié d'une rente en vertu du jugement de divorce et que cette rente soit encore due. »

Art. 20a:

BL salue particulièrement la mention expresse, dans cette disposition, des rachats effectués par l'assuré.

La **Chambre Suisse des actuaires-conseils** constate que l'art. 17 LFLP ne mentionne pas les rachats. La notion de cotisation est donc différentes dans ces deux cas. La **Chambre Suisse des actuaires-conseils** propose la formulation suivante pour l'art. 20a : «Les cotisations payées par l'assuré au sens de l'art. 20a, al. 1, let. c, comprennent également les prestations d'entrée apportées par l'assuré, ainsi que les rachats effectués par celui-ci. »

Le **CP** déclare ne pas comprendre pourquoi les prestations de libre passage apportées ou les remboursements de versements anticipés ne sont pas mentionnés dans cette disposition.

Pour **Innovation 2e pilier**, il n'est pas seulement important de savoir si l'assuré paie des rachats mais aussi pour qui ces rachats ont été effectués. Il conviendrait alors de complé-

ter cette disposition de la manière suivante: « … comprennent également les rachats effectués pour l'assuré. »

Servisa: Il faut préciser dans le commentaire si la fortune revient à l'institution collective ou à la caisse affiliée en l'absence d'héritier.

3.1.6 Génération d'entrée

Art. 21:

L'**USS**, le **PS**, **l'Union Suisse des Paysans**, **Travail.Suisse** et la **SEC Suisse** approuvent le maintien des bonifications complémentaires. Pour le PS, une suppression immédiate aurait pour conséquence que le but de rente pour une partie de la génération d'entrée ne sera pas atteint en raison du manque d'années de cotisations.

Travail.Suisse: Les fonds sont disponibles et il s'agit d'une question très importante pour un groupe relativement restreint d'assurés.

UR, SO, LU, TI, AR, BS, SH, GL, OW, GR, BE, ZG, FR, BL, TG, Innovation 2e pilier, la Chambre Suisse des actuaires-conseils, la **CACS**, la **CEPP**, **Servisa**, l'**ASIP**, la **FER**, l'**Association Suisse des Actuaires** (ci-après **ASA**/**SAV**), l'**USAM**, **l'Union patronale suisse**, **l'ASA**/**SVV**, **Vorsorgeforum** demandent la suppression des bonifications complémentaires uniques.

UR est d'avis que le taux d'intérêt a été en moyenne 1% plus élevé que l'augmentation des salaires depuis 1985.

SO, LU, TI, TG, l'ASA/SAV, l'USAM, l'Union patronale suisse, l'ASA/SVV, la **CEPP**, l'**ASIP**, **Vorsorgeforum** se fondent sur le délai constitutionnel de 20 ans et sur la suppression de l'art. 70 LPP.

AR, BS, SH, GL, OW, GR, BE, ZG, Innovation 2e pilier proposent en plus l'abrogation des articles 22, 23 et 16 al. 2 qui sont en relation avec les bonifications complémentaires uniques (celles-ci peuvent être maintenues dans le cadre de la prévoyance surobligatoire pour les caisses qui le souhaiteraient). L'**ASIP** demande pour sa part la suppression des art. 22 et 23 OPP2.

Pour leur part, **FR, Servisa** et la **Chambre Suisse des actuaires-conseils** constatent que l'attribution des bonifications complémentaires, montants généralement de faible im-

portance, génère des coûts administratifs et ne va pas dans le sens d'une simplification ou d'un allégement de la LPP.

Pour la **CACS** et **BL**, cette disposition devrait être supprimée et il faudrait laisser aux institutions de prévoyance le choix de poursuivre ou non le régime des bonifications complémentaires.

Pour la **FER**, il est difficile de comprendre pourquoi il y aurait lieu de maintenir ces bonifications complémentaires alors que la déduction de coordination a été abaissée à 22'155 francs.

3.1.7 Surindemnisation et coordination avec d'autres assurances

Généralités:

Selon la **SUVA**, l'art. 24, al. 1 ne permet pas de raccourcir les rentes de vieillesse versées par une institution de prévoyance en cas de surassurance. Cela pose un problème lorsque la rente d'invalidité viagère est convertie en rente de vieillesse lorsque l'assuré atteint l'âge de la retraite, en particulier lorsque cette prestation de vieillesse est financée que par des prestations de risques et que les prestations de l'AVS et de la LAA dépassent le montant du dommage. De plus, le montant de 90% pour les prestations de survivant est trop élevé, en particulier lorsqu'il n'y a pas d'enfants. Ces dispositions doivent aussi être appliquées au régime surobligatoire.

Art. 24 al. 2 et 3:

L'**USS**, la **FSIH** et la **SEC Suisse** estiment qu'il n'est pas correct de prendre en considération dans le calcul de la surindemnisation le revenu de remplacement que l'assuré invalide pourrait encore réaliser dans le cadre d'une activité lucrative raisonnablement exigible. La **SEC Suisse** estime qu'une telle réglementation défavorisera surtout les personnes à petits revenus et en particulier les femmes. De l'avis de l'**USS**, cette réglementation outrepasse la délégation de compétence de l'art. 34a, al. 1, LPP et il convient par conséquent de supprimer la partie « … ou le revenu de remplacement … exigible ». La **FSIH** constate quant à elle que cette réglementation est plus restrictive que celle qui prévaut dans les autres branches des assurances sociales (cf. art. 69, al. 2, LPGA).

BL et la **CP** saluent cette disposition qui favorise l'utilisation par l'assuré de sa capacité de gain résiduelle.

Selon la **FIS**, les rentes de vieillesse devraient aussi être comprises dans le calcul de la surassurance, en particulier lorsqu'elles succèdent à une rente d'invalidité.

L'**USAM** propose de compléter l'alinéa 2 en ce sens que les rentes de vieillesse succédant à des rentes d'invalidité temporaires puissent être réduites lorsque des rentes d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire sont allouées en même temps.

PS: Dans la dernière phrase, biffer « … ou le revenu de remplacement … exigible ». Il est difficile de définir la notion de revenu de remplacement exigible, ce qui est source de litiges. La situation effective sur le marché du travail n'est pas prise en considération, car on part toujours de l'hypothèse que le marché du travail est équilibré. Les personnes partiellement invalides, ayant de bas revenus, seraient tout particulièrement touchées. Les prestations de vieillesse, qui remplacent une rente d'invalidité temporaire, devraient aussi être réduites en cas de versement d'une rente de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (cf la nouvelle 2^{e} phrase de l'art. 49, al. 1, LPP). Sinon, il y aurait une inégalité choquante entre les personnes qui sont invalides suite à une maladie et celles dont l'invalidité résulte d'un accident.

Travail.Suisse: Proposition: biffer « … ou le revenu de remplacement … exigible », car une telle notion n'est pas claire et entraîne une grande insécurité juridique. Elle touche avant tout les personnes les plus démunies.

Art. 26:

Proposition d'**Innovation 2e pilier**: « pour les prétentions récursoires de l'institution de prévoyance, … avant que celle-ci ait eu connaissance de son obligation de verser des prestations… ».

D'une manière générale, **la SUVA** salue l'application des règles de la LPGA. Il y aurait lieu cependant d'introduire des dispositions complémentaires dans l'OPP2 découlant de l'ordonnance LPGA, à savoir :

- art. 26d (nouveau): correspondant à l'art. 13 de l'ordonnance LPGA
- art. 26e (nouveau): correspondant à l'art. 16 de l'ordonnance LPGA
- art. 26f (nouveau): correspondant à l'art. 17 de l'ordonnance LPGA

Le **PS** et l'**USS** recommandent d'examiner encore une fois la réglementation sur la prescription, car ils doutent qu'elle puisse effectivement améliorer la position du subrogeant.

Art. 26c:

Selon la CSSS-N, il y a lieu d'examiner si la limitation du droit de recours correspond aux dispositions de la LPGA

Art. 27:

BL propose d'examiner cette disposition qui ne figure pas dans le projet soumis à consultation et de voir s'il ne faut pas la compléter en ce sens que l'institution de prévoyance pourrait différer le droit aux prestations d'invalidité jusqu'à épuisement des indemnités journalières non seulement de l'assurance-maladie, mais également de l'AI et de l'assurance-accidents, pour autant bien sûr que ces indemnités correspondent à au moins 80 pour cent du salaire dont l'assuré est privé et qu'elles soient financées au moins pour moitié par l'employeur (ce qui est toujours le cas de par la loi) ; **BL** estime qu'une telle solution permettrait de se passer de dispositions en la matière dans le cadre de la réglementation sur la surindemnisation.

Selon la **CEPP**, il faut conserver la teneur actuelle en précisant que ce n'est pas uniquement lorsque c'est l'assurance maladie qui est tenue à prestations. La **CEPP** propose par conséquent la formulation suivante:

Lettre a : biffer « assurance maladie » et remplacer par « …d'une assurance… »

Lettre b : « L'assurance … »

ASA/SVV: L'art. 27 doit être adapté à l'ATF 116 V 189 (cet arrêt considérait comme contraire à la loi l'art. 25, al. 1, de l'ancienne OPP 2, d'après lequel l'institution de prévoyance pouvait exclure ses prestations lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire était tenue de verser des prestations). Il doit tenir compte de l'obligation subsidiaire et complémentaire de l'institution de prévoyance de verser des prestations en cas d'accident. A l'avenir, le fait qu'une maladie ou bien un accident soit à l'origine du versement des indemnités journalières ne pourra plus jouer de rôle.

Titre de la section 7:

Union patronale suisse : ce titre devrait objectivement être placé juste après l'art. 27, relatif aux indemnités journalières en cas de maladie et d'accident. La numérotation doit être adaptée en fonction des propositions de la « commission d'études sur la prévoyance vieillesse ».

3.1.8 Liquidations partielles et totales

Généralités:

La quasi-totalité des intervenants qui se sont prononcés sur les art. 27a et 27b estiment que ces dispositions sont bien adaptées s'agissant des caisses de pensions autonomes, mais qu'elles se révéleront très problématiques pour les institutions collectives et communes et plus encore pour l'institution supplétive. Dans ces institutions, il y a en effet de nombreuses résiliations de contrats d'affiliation en raison de fermetures d'entreprises, de faillites, de sorte qu'elles se trouveraient constamment en état de liquidation partielle. L'**USS** fait par conséquent les propositions suivantes, qu'elle considère comme conformes à l'art. 53b, al. 1, LPP :

- Une application différenciée des dispositions d'ordonnance par catégories d'institutions de prévoyance (résiliation des contrats d'affiliation) ;
- Une réglementation particulière sur ce qu'il convient de considérer comme diminution notable de personnel dans les petites entreprises (un seul départ dans une entreprise de 5 personne revient à une baisse d'effectif de 20 %) ;
- Tout au moins, la non-application de l'art. 27b à l'institution supplétive.

La **SEC** Suisse fait une proposition semblable.

Comme proposition subsidiaire, l'**USS** préconise que l'octroi des fonds libres et des réserves de fluctuation lors de résiliations de contrats d'affiliation ait pour conséquence que les nouveaux contrats d'affiliation devraient racheter les fonds libres et les réserves de fluctuation. Dans ce cas, l'obligation d'un tel rachat devrait être prévue dans l'ordonnance.

L'**USS** trouve en outre que le membre de phrase « dans la mesure où des risques d'assurance et des risques liés aux placements sont également transférés » n'est pas clair ; elle propose la nouvelle teneur suivante : « Cependant, ce droit n'existe que dans la mesure où sont également transférés les risques d'assurance *ou* les risques liés aux placements *qui correspondent à ces réserves de fluctuation et autres réserves*. »

Par ailleurs, et afin d'éviter que les destinataires ne perdent de l'argent parce l'institution de prévoyance a mal géré ses réserves et que celles-ci ont diminué de valeur, l'**USS** propose de supprimer l'art. 27b, let. c, ou de le compléter en ce sens qu'une adaptation des réserves et des fonds libres ne peut pas être mise à la charge des assurés sortants si le retard intervenu dans la liquidation partielle est dû à l'institution de prévoyance.

SH: ce canton salue l'élaboration de principes pour la liquidation. Le commentaire de l'art. 27b, let.b, est peu compréhensible en ce qui concerne la répartition des réserves de fluctuation. Recommandation : clarifier cette question avec une directive ou une communication de l'OFAS et, éventuellement, obligation pour la caisse de réglementer ce point dans son règlement.

GR: Salue cette réglementation. Comme en pratique chaque cas constitue un cas particulier, il faut tenir compte des données individuelles.

La **FIS** relève que les frais administratifs sont élevés pour les collectifs d'assurés où un ou deux départs peuvent mener à une liquidation partielle. Des réserves ou des fonds libres sortent aussi en pareil cas alors que les nouveaux arrivants peuvent ne rien apporter du tout. L'institution supplétive est particulièrement touchée, car elle est tenue d'accepter les employeurs. La FIS propose une différenciation d'application selon la catégorie d'institution de prévoyance et une exception au principe de la « réduction considérable de l'effectif du personnel » (erhebliche Verminderung der Belegschaft) pour les petits collectifs d'assurés.

Pour éviter un surcroît de travail et des coûts administratifs énormes, l'**USAM** propose d'adopter des dispositions spécifiques pour les institutions collectives et communes. Elle propose également de ne pas appliquer les art. 27a et 27b aux très petites entreprises ainsi qu'aux entreprises qui n'ont appartenu à une institution collective ou commune que pendant une courte période.

PS et **Travail.Suisse**: Les institutions communes et les institutions collectives ainsi que l'institution supplétive devraient, en l'absence de contrat d'assurance intégrale, distribuer des parts de réserves lors de chaque résiliation d'un contrat d'affiliation, ce qui entraînerait un surcroît de travail et des frais administratifs disproportionnés. De plus, les nouvelles affiliations apporteraient moins de réserves. Cela vaut tout particulièrement pour l'institution supplétive qui est soumise à l'obligation de contracter et qui doit accepter les « sans-le-sou ». Il lui serait impossible de pouvoir constituer des réserves.

Art. 27a:

GL: Le texte n'est pas formulé clairement. En cas de sortie individuelle, il n'y a pas de droit aux fonds libres, car les personnes nouvellement entrées ne rachètent pas les fonds libres.

Selon l'**ASA/SAV** la formulation n'est pas correcte, car dans la LFLP, on ne parle pas de départ individuel ou collectif mais d'un droit individuel ou collectif à des fonds libres.

Pour la **CEPP et l'ASIP**, du point de vue systématique, la nouvelle section 7 devrait commencer par un art. 28 et non 27a, les autres articles devant être modifiés en conséquence.

Selon la **FER**, est seulement considéré comme un départ collectif, en application de l'art. 53b LPP, la résiliation du contrat d'affiliation et l'adhésion à une nouvelle IP et les divisions d'entreprises. Tous les autres cas sont des départs individuels (faillite, restructuration, réduction du personnel).

Servisa: Les dispositions et le commentaire ne sont pas clairs. On pourrait comprendre qu'il y aurait aussi une sortie individuelle dans le cas Diasan.

Vorsorgeforum approuve la distinction entre le droit collectif et le droit individuel (et non pas la sortie). On retrouve cette distinction dans la LFLP.

Art. 27b:

UR est d'avis que les réserves et réserves de fluctuation ne doivent pas être transférées en cas de sorties collectives**.**

SO n'est pas opposé au versement d'une part des réserves/réserves de fluctuation aux assurés sortants. Il serait cependant appréciable que les règlements règlent ce point (définition et étendue du versement).

LU, BS, AR, OW et **TI**: Le commentaire (p. 14) sur l'attribution d'argent liquide est en contradiction avec la lettre b qui mentionne uniquement un droit à une part des réserves en relation avec des risques d'assurance et des risques liés aux placements. Il est préférable que le règlement de l'institution de prévoyance régisse les cas de versement d'argent liquide. Il y a lieu de saluer le principe selon lequel l'institution de prévoyance doit édicter des dispositions réglementaires sur la liquidation partielle.

GL: La lettre b règle clairement une prétention juridique. Le commentaire doit être relativisé en conséquence. Il serait souhaitable que le règlement de l'institution de prévoyance régisse les cas de versement d'argent liquide. Il faut saluer le principe selon lequel l'institution de prévoyance doit édicter des dispositions réglementaires sur la liquidation partielle.

VD craint que pour les institutions de prévoyance bénéficiant de la garantie d'une collectivité publique, cette disposition fasse considérablement baisser le degré de couverture de la caisse en cas de départ collectif ; **VD** estime en effet que dans ce cas, l'Etat (par exemple un canton pour sa caisse de pension) pourrait, selon les dispositions de la garantie, devoir assurer un refinancement de sa caisse de pension afin qu'elle retrouve un degré de couverture conforme aux dispositions légales ou réglementaires.

FR estime que dans les institutions de droit public fonctionnant comme des fondations communes, le départ d'un employeur ne devrait pas avoir de conséquences sur les prestations de sortie des assurés ; c'est l'employeur de l'institution sortante et non les assurés restant dans l'institution qui devraient prendre en charge les coûts dus à un éventuel manque de couverture de l'institution.

GE et **AS GE** préconisent de réexaminer cette disposition dont la teneur, en particulier la 2ème phrase, lui semble peu claire.

TG se déclare d'accord sur le principe. Mais il faudrait aussi préciser qu'il s'applique également en cas de versement en espèces et il appartiendra à l'IP d'en régler les modalités dans son règlement.

BE: La liquidation partielle ne sera plus contrôlée de manière préventive par l'autorité de surveillance, mais après coup par l'organe de contrôle qui procède à un examen annuel. Il faut édicter une disposition qui précise que cet examen incombe à l'organe de contrôle et que le résultat de cet examen doit figurer dans le rapport de l'organe de contrôle.

ZG: Le commentaire sur l'attribution d'argent liquide est en contradiction avec le texte de l'ordonnance qui parle d'un droit à une part des réserves en relation avec des risques d'assurance et des risques liés aux placements. En principe, d'accord avec le fait que l'attribution d'argent liquide doit s'accompagner des réserves correspondantes, car ces fonds doivent être à nouveau placés après le transfert, d'où la survenance d'un nouveau risque lié aux placements. Le règlement de l'institution de prévoyance devrait régir ce point.

De l'avis de la **CACS,** de **BL** et de **SG**, il serait utile de préciser qu'en cas de transfert collectif avec attribution d'argent liquide, les institutions de prévoyance doivent régler, dans leurs dispositions internes, la question du droit aux réserves ; la disposition y gagnerait en clarté. Pour le reste, la **CACS** et **BL** saluent le fait qu'il a été tenu compte dans la présente disposition des principes développés par les tribunaux et les autorités de surveillance en matière de liquidation partielle.

Selon l'**ASA/SAV**, il conviendrait de préciser que les fonds libres doivent résulter d'un bilan technique d'assurance. En outre, pour le calcul du découvert technique selon l'art. 44, il y aurait lieu de préciser qu'il faut prendre en considération les réserves techniques et les autres réserves selon l'art. 48e jusqu'à concurrence du capital de couverture nécessaire. Les réserves de fluctuation sont à ajouter à la fortune et la déduction d'un découvert technique est prélevée individuellement sur la prestation de sortie. L'**ASA/SAV** propose finalement une nouvelle formulation sur la base de ces remarques en réunissant l'art. 27a et 27b en une seule disposition.

Le **CP** estime que cette disposition est judicieuse, compte tenu de la volatilité croissante des marchés financiers et du temps écoulé souvent élevé entre la date du transfert des fonds et le jour déterminant de la liquidation.

CEPP: Les réserves de fluctuation et les autres réserves doivent être distribuées seulement lorsque les classes d'actifs correspondantes sont effectivement transférées.

Pour l'**ASIP**, il est important de préserver les droits des assurés qui demeurent dans l'institution de prévoyance. Une participation aux fonds et autres réserves en faveur des assurés sortants n'a de sens que si cela correspond à un réel besoin. Il ne serait par conséquent pas nécessaire de transférer des réserves de fluctuation pour un portefeuille immobilier alors que l'institution de prévoyance d'accueil ne dispose d'aucun titre ou bien immobilier. Cela devrait être précisé dans le commentaire.

En outre, il y aurait lieu de préciser à la lettre b : « … également transférés. Il faut notamment tenir compte de la forme des avoirs à transférer. »

Selon la **FER**, la LPP devrait définir la notion de fonds libres. Elle propose les principes suivants: Lors d'une liquidation partielle, les fonds libres correspondent au capital disponible, après couverture des engagements actuariels, lorsque le degré de couverture selon art. 44 al. 1 est supérieur à 100%. En cas de liquidation totale, une éventuelle réserve de fluctuation sur risques ne fait pas partie du capital actuariel défini dans l'annexe, selon art. 44 al. 1. En outre, les dispositions proposées ne prennent pas en considération le pilotage sur le long terme d'une IP qui doit disposer de fonds libres, comme une entreprise de fonds propres, pour assurer sa pérennité. Il est par conséquent impératif de réintroduire la règle actuellement applicable qui veut que la condition de participation aux fonds libres ne soit remplie que si ceux-ci sont supérieurs à 10 % du capital de couverture.

Servisa: Il faudrait examiner s'il existe une base légale pour le droit à une part des réserves de fluctuation et des autres réserves en cas de sortie collective. Il est contesté que le collectif sortant ait droit à une part des réserves de fluctuation, qui sont constituées au niveau de la fondation collective pour couvrir les risques liés aux placements. Il faudrait

préciser la notion de « réserves », car il ne peut s'agir que d'une réserve liée aux risques d'assurance, par opposition aux autres risques commerciaux, tels que par exemple les risques de procès, les biens immobiliers et les taxes, etc.

ASA/SVV: Ce qui est déterminant, c'est la distinction entre le droit collectif et le droit individuel, et non pas la sortie en tant que telle. La distribution de parts de réserves de fluctuation serait source de difficultés pour les institutions collectives, car les entreprises nouvellement affiliées ne doivent pas racheter les réserves de fluctuation.

Chambre-Fiduciaire: Let. b: remplacer deux fois „réserves de fluctuation" par „réserves de fluctuation de valeur", afin d'éviter une confusion avec les réserves de fluctuation liées aux risques.

Let. c : "La détermination des actifs et des passifs lors du jour déterminant pour la liquidation totale ou partielle doit être basée sur les derniers comptes annuels selon les art. 47 et 48 OPP 2. Il y a lieu de modifier la valeur d'estimation si des changements de valeur peuvent être prouvés dans le cas concret de liquidation totale ou partielle. Il faut également prendre en compte les plus-values ou les moins-values importantes entre le jour déterminant pour la liquidation et celui du transfert ultérieur des fonds.

Let. d (biffer c): remplacer « déduction » par « montant versé en trop ». Il est possible que le montant versé en trop ne corresponde pas directement à celui de la déduction.

Vorsorgeforum: Les présents principes laissent suffisamment de marge de manoeuvre pour l'exécution de la liquidation partielle, même si l'intérêt à la pérennnité de l'institution de prévoyance devient moins important.

3.1.9 Conservation des pièces

Généralités:

BL considère que l'étendue des documents à conserver et les délais prévus par ces dispositions sont praticables.

Art. 32a:

De l'avis de la **FER,** l'al. 4 de l'art. 32a devrait également s'appliquer en cas de liquidation.

Art. 32b:

La **FSIH** estime que le délai de 10 ans durant lequel l'institution de prévoyance doit conserver les documents importants après transfert de la prestation de sortie peut se révéler insuffisant dans certains cas, par exemple lorsqu'il y a incapacité de travail partielle ne donnant lieu que beaucoup plus tard à une rente d'invalidité ; la **FSIH** propose d'allonger ce délai (p. ex. à 20 ans).

Art. 32c:

SO, BL, FR, ZG, SG, LU, **BS, SH, AR, OW, GL, GR, GE, TG, BE, TI** et **la CACS** relèvent que les coûts liés à la conservation des pièces ne sont pas réglés alors qu'ils peuvent représenter un montant non négligeable. En particulier en cas de liquidation pour insolvabilité se pose la question de savoir qui prend en charge ces coûts.

GE, BE et l'AS GE demandent en outre s'il ne serait pas opportun de prévoir que le liquidateur a l'obligation d'annoncer où et comment les pièces sont conservées et à quelle autorité l'annonce doit être faite.

Pour la **FER**, l'obligation de conserver les pièces et plus particulièrement le mode de conservation doivent être accomplis en accord avec l'autorité de surveillance.

Art 33, let. a:

Cette disposition ne figure pas dans le projet soumis à consultation mais l'**USF/STV** revient néanmoins sur une proposition qu'elle a déjà formulée à réitérées reprises et qu'elle juge particulièrement importante : il conviendrait de ne pas limiter les personnes énumérées dans cette disposition aux seuls membres des groupes affiliés à la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts comptables ainsi que de l'Association suisse des experts-comptables universitaires ; autrement dit, des personnes parfaitement qualifiées pour fonctionner comme organe de contrôle mais n'appartenant pas aux cercles précités ne devraient pas avoir à demander une autorisation, puis une prolongation d'autorisation, et à payer des émoluments pour exercer cette fonction ; cela conduit à des distorsions de la concurrence. L'**USF/STV** propose une nouvelle teneur : "Les personnes qui remplissent les conditions des art. 1 et 2 de l'ordonnance du 15 juin 1992 sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS 221.302)."

3.1.10 Attributions de l'organe de contrôle

Art. 35 al. 4:

Selon la **Chambre Suisse des actuaires-conseils**, il ne ressort pas clairement du contexte si cet alinéa 4 remplace l'actuel alinéa 4 ou s'il s'agit d'un nouvel alinéa.

Chambre fiduciaire suisse: approbation explicite. Il faudrait rejeter toute formulation qui chargerait l'organe de contrôle de certifier la justesse, l'adéquation et l'opportunité des mesures prévues par l'institution de prévoyance, dans le cadre de la loyauté de la gestion de fortune.

3.1.11 Réserves de fluctuation et autres réserves

Art. 48, al. 1:

Vorsorgeforum: Les règles pour la constitution des réserves doivent être fixées dans *le règlement* et non pas dans *un règlement*. Un règlement complémentaire n'est pas nécessaire.

Art. 48e:

VD constate qu'une provision de fluctuation est nécessaire dans les caisses de pensions publiques, mais que si cette provision n'est pas à son niveau optimal, cela est moins problématique dans les caisses publiques que dans les institutions du domaine privé ; cela est dû à la pérennité du secteur public et à la garantie accordée par la collectivité concernée, la probabilité de liquidation des caisses de pensions publiques étant très faible.

Selon **VS**, ces dispositions - qui se limitent à énoncer l'obligation de respecter le principe de la permanence et à charger les institutions de prévoyance d'édicter des règles fondées sur des considérations financières et économiques actuelles – manquent de rigueur et ne sont pas adaptées à l'importance des montants engagés dans les investissements mobiliers. **VS** préconise que des mesures préventives sont énoncées dans l'ordonnance et non laissées à la libre appréciation des institutions de prévoyance ; ainsi, la référence aux normes Swiss Gap RPC 26 devrait trouver place dans le libellé de l'art. 48e OPP 2.

La **CEPP** et l'**ASIP** sont d'avis qu'il faudrait supprimer l'al. 1: les règles doivent être laissées à l'appréciation de l'institution de prévoyance (directives, procès-verbaux, rapports

de l’expert) et non figurer dans un règlement. Les al. 2 et 3 devraient également être supprimés: il n'est plus nécessaire en raison de l’application des normes Swiss GAAP Fer 26 et du nouvel art. 48 OPP2.

L’**USAM** préconise également la suppression de cette disposition ; elle considère en effet que la constitution de réserves de fluctuation et d’autres réserves va de soi, que cela entre dans les compétences de l’organe paritaire et qu’il n’est donc pas nécessaire qu’un règlement régisse cette question.

Union patronale suisse: Il faut absolument biffer les al. 2 et 3, car ils sont évidents et par conséquent superflus.

Treuhandkammer: Remplacer „réserves de fluctuation“ par „réserves de fluctuation de valeur“ dans le titre et dans les al. 1 et 3, afin d’éviter une confusion avec les réserves de fluctuation liées aux risques.

3.1.12 Loyauté dans la gestion de fortune et placement de la fortune

Généralités:

FR constate que ces dispositions, pour bienvenues qu’elles soient, n’iront pas sans poser de sérieuses difficultés de surveillance.

Selon **Swissbanking,** les art. 48f et 48g ne devraient pas s’appliquer aux banques soumises à la surveillance de la Commission fédérale des banques (CFB). D'une part, la CFB émet déjà des principes et des directives suffisantes allant dans le sens de la réglementation proposée – il y aurait donc une double réglementation parallèle – et d'autre part, un projet de réglementation est actuellement à l’étude pour combattre les abus. En outre, comme les banques et les courtiers ne sont pas des secteurs soumis directement à la prévoyance professionnelle et aux autorités de surveillance, tout le financement est un secteur particulier qui du point de vue systématique devrait être soumis à la CFB. Finalement, en dehors de la CFB, d’autres réglementations doivent aussi être respectées, comme par exemple les art. 398 CO et 11 al. 2 let. c BEHG.

D'une manière générale, la **CEPP** est d'avis qu'une concrétisation de ces principes devrait figurer dans le contrat de travail.

De l'avis de la FER, en laissant le soin à l'IP d'édicter des prescriptions et en n'introduisant pas de sanctions, le législateur ne règle pas ces questions sur le fonds.

La Fondation Code de déontologie dans le domaine de la prévoyance professionnelle est d'accord avec la teneur des art. 48f à 49a. Il est particulièrement apprécié qu'en vertu de cette disposition, les IP ont la faculté de se référer au code de déontologie de la fondation. On peut donc partir du principe qu'une IP satisfait aux exigences de l'art. 49a al. 3 et 4 si elle se soumet expressément à ce code de déontologie par une disposition réglementaire et qu'elle prend, à cette fin, toutes les mesures d'organisation nécessaires et les moyens pour appliquer les conditions.

Art. 48f:

VD se demande s'il ne conviendrait pas de dire « *ou* ne soient pas abusives » plutôt que « *et* ne soient pas abusives ».

De l'avis de la **CSSS-N**, le commentaire relatif à cet article devrait être plus concret. Il conviendrait de préciser par exemple les actes assimilés à des pots de vin, à des dessous-de-table, à des achats concertés. De plus, les commissions que touchent les gestionnaires de fortune doivent revenir à l'institution de prévoyance. Les contrats conclus avec les gestionnaires devraient exactement mentionner les affaires qui sont interdites et les règles contenues dans le «Handbook of best practice» de l'ASAG devraient être portées à la connaissance des responsables des conseils de fondations, lors de la conclusion de contrats de gestion.

Selon **Swissbanking**, les dispositions visant à interdire le négoce de titres constituent un corps étranger et sont difficiles à appliquer. Il est difficilement concevable qu'une institution de prévoyance puisse au travers de cette réglementation interdire à une banque ou à un gérant de fortune le commerce de titres pour son propre compte. Faut-il appliquer cumulativement ou alternativement les notions d'interdiction et d'abus ?

Il n'est pas judicieux de dresser une liste des comportements abusifs, car il n'est pas possible d'énumérer tous les comportements et d'autre part il faudrait aussi les exceptions et les conditions pour certains cas (Chinese Walls, Disclosures etc).

De l'avis de **l'USF/STV**, il serait préférable d'interdire *en principe* que les personnes qui gèrent et administrent la fortune de l'institution de prévoyance concluent des affaires pour leur propre compte, des exceptions pouvant être consenties par les organes de ladite institution ; on s'épargnerait ainsi la difficile définition de ce qu'il faut entendre par

« comportement abusif ». L'USF/STV propose une nouvelle teneur pour l'art. 48f:
« Les personnes et institutions appelées à placer et à gérer la fortune des institutions de prévoyance ne doivent pas conclure d'affaires pour leur propre compte, à moins que les organes compétents n'aient donné leur accord exprès à la conclusion de telles affaires »
(biffer les al. 2 et 3).

Travail.Suisse: Propose d'apporter deux précisions dans le commentaire : nommer expressément les affaires prohibées et dire que l'institution de prévoyance doit régler avec les gérants de fortune quelles sont les affaires interdites. Donner des exemples ici aussi.

BE: Trop vague. Laisse trop de pouvoir d'appréciation (p. ex. « pour autant qu'il n'en résulte aucun désavantage pour l'institution de prévoyance »). Rédiger de façon plus précise et plus claire. Interdire tout comportement susceptible d'engendrer des abus

Art. 48g:

SO: La pratique montrera si cette disposition permet d'atteindre le but visé et saluerait une limitation mesurable de ce que sont des "cadeaux bagatelles et des cadeaux occasionnels d'usage".

LU, BS, SH, AR, OW, GL, GR, BL, GE, BE, ZG, TI, VD, SG, la CACS, Swissbanking et **l'AS GE** sont également d'avis qu'il conviendrait de préciser dans le texte de l'ordonnance ce qu'il faut entendre par "cadeaux bagatelles" et "cadeaux occasionnels".

VD et **Swissbanking** demandent en outre qui sont les destinataires à qui il faut adresser les déclarations écrites prévues par cette disposition.

TG se demande quelles «institutions» sont visées par cette disposition et quel sens donner à «avantages patrimoniaux»: faut-il également y englober les honoraires pour les séminaires, etc.? La formulation est imprécise.

De l'avis de la **CSSS-N**, il faudrait préciser à qui la déclaration écrite doit être adressée (au conseil de fondation et non à des comités restreints). La **CSSS-N** propose par conséquent la formulation suivante: « …doivent déclarer par écrit aux membres du Conseil de fondation si… ».

Selon **Innovation 2e pilier**, le texte manque de précision. Par exemple un gérant de fortune avec siège à l'étranger est-il également soumis à cette réglementation? Quelles sont

les sanctions ? Il conviendrait également préciser les notions de cadeaux bagatelles et occasionnels. Il conviendrait plutôt laisser le soin à l'organe paritaire d'établir une réglementation comme cela a été fait dans le nouvel art. 49a, al. 2, OPP 2.

Art. 48h:

SO, LU, BS, SH, AR, OW, GL, BL, TG, BE, ZG, la CACS, l'USF/STV proposent de tracer le terme "angemessen" dans la version allemande. Correspondrait ainsi au français. Pour sa part, **VD** constate qu'aux qualités requises des gestionnaires de fortune, c.-à-d. les aptitudes et l'organisation, il conviendrait d'en ajouter une troisième, à savoir l'indépendance.

Selon **Innovation 2e pilier,** ce texte manque également de précision et devrait être modifié de la manière suivante: « …et la gestion de sa fortune, qu'à des personnes qui, de par leur personnalité et leurs connaissances, sont capables d'assumer de telles tâches et offrent toutes les garanties que ces dernières seront parfaitement exécutées, tant matériellement que juridiquement".

Chambre fiduciaire : Il n'existe pas de critère de jugement objectif qui puisse permettre à l'organe de contrôle ou à la surveillance de vérifier si le choix des gérants de fortune et l'organisation de la gestion sont adaptés. Seul le soin apporté dans le choix et la désignation des personnes (preuves des capacités, références, etc.) peut être vérifié. Proposition : « L'institution de prévoyance doit, lors du choix des personnes et des institutions qui seront appelées à gérer et à administrer sa fortune, se montrer vigilante et prêter une attention particulière à ce que ces personnes et institutions soient capables de respecter les prescriptions contenues aux art. 48f et 48g ».

Art. 49a:

BE: Flou et difficilement transposable dans la pratique. Il conviendrait de reprendre les explications du commentaire dans le texte de l'ordonnance.

VS est d'avis que vu l'importance de la fortune thésaurisée par les institutions de prévoyance et des revenus qui en découlent, les mesures de sécurité énoncées dans cette disposition devraient être plus contraignantes pour les organes de l'institution. L'ordonnance devrait contenir un catalogue exhaustif de conditions restrictives et d'exigences de nature personnelle. Il en va de même de l'art. 6, let. e, OPP 1, qui ne va pas assez loin puisqu'il se borne à énoncer l'obligation d'établir l'existence d'un contrôle interne.

3.1.13 Dispositions transitoires et finales

Généralités:

Selon la **CEPP,** les let. a, b et c des dispositions transitoires doivent être revues après le rejet de la 11e révision de l'AVS.

L'**ASIP** propose également de revoir les dispositions transitoires suite au refus de la 11e révision de l'AVS.

Union Suisse des paysans : D'accord dans le cadre de la 1ère révision LPP. Dans la pratique, la baisse du taux de conversion est toutefois insuffisante. Un nouvel examen est inévitable.

Let. a:

Selon **SO, LU, BS, AR, OW, GL, BL, FR, ZG, TI** et **la CACS** cette disposition va générer un travail considérable à la caisse.

L'**ASA/SAV** propose un nouvel échelonnement du taux de conversion plus accentué, par classes d'âges ainsi qu'une correction de la table pour les femmes en raison du rejet de la 11e révision de l'AVS.

La **Chambre Suisse des actuaires-conseils** est d'avis que tant pour les hommes que pour les femmes, le taux de conversion est de 6,8% à l'âge de 65 ans. Par conséquent, si l'on retient l'âge ordinaire de la retraite à 64 ans pour les femmes, ce taux devrait être réduit à 6,65%.

Le **CP** approuve l'élévation de l'âge ordinaire de la retraite des femmes à 64 ans dès 2005 ; il doute en revanche qu'il soit raisonnable, vu le rejet de la 11ème révision de l'AVS, d'arrêter aujourd'hui déjà cet âge à 65 ans dès 2010.

Selon la **FIS**, la diminution devrait être plus prononcée pour les classes d'âge élevées. Pour les assurés âgés, la réglementation proposée conduirait à les exclure du marché en raison des coûts liés à la prévoyance ou à les affilier auprès de l'institution supplétive, qui devrait prendre en charge le financement.

Selon l'**ASIP**, **l'Union professionnelle suisse de l'automobile** (ci-après **Union patronale suisseA**) et l'**UDC** le taux de conversion pour l'âge ordinaire de la retraite des femmes doit être corrigé vers le bas (en dessous de 6,8%).

L'**USAM** est d'avis que la baisse progressive du taux de conversion devrait être beaucoup plus rapide, sous peine d'obliger les institutions de prévoyance à prendre des mesures compensatoires dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, ce qui contreviendrait à l'esprit de la prévoyance professionnelle ; l'**USAM** préconise 7 % dès le 1er janvier 2005 et 6,8 % dès le 1er janvier 2006.

Union patronale suisse: La réduction du taux de conversion telle que prévue par la 1re révision de la LPP est déjà dépassée par la pratique. Le fractionnement des taux de conversion dans les caisses enveloppantes n'est pas plausible et il est difficile à expliquer. Il est inévitable de réexaminer l'adaptation du taux de conversion suite au rejet de la 11e révision de l'AVS. L'art. 13 LPP doit être révisé pour élever à 64 ans l'âge de la retraite des femmes et fixer le taux de conversion des femmes en fonction de la nouvelle échelle pour les hommes. L'USS renvoie à la proposition de la commission d'études sur la prévoyance vieillesse.

Travail.Suisse propose d'insérer dans l'ordonnance son propre tableau pour l'abaissement du taux de conversion. Abaissement moins rapide. C'est seulement dans les dernières étapes que l'abaissement doit être le plus fort. En effet, l'extension du salaire coordonné ne compensera l'abaissement du taux qu'après plusieurs années. C'est seulement ainsi qu'on peut atteindre l'objectif de prévoyance.

Vorsorgeforum: Après le rejet de la 11e révision de l'AVS, il est impératif de revoir le tableau pour l'abaissement du taux de conversion. Avec un âge de la retraite fixé à 64 ans pour les femmes, la durée de cotisations est plus courte et la période de versement des rentes est plus longue. C'est pourquoi, nous recommandons un abaissement plus fort du taux de conversion au début de la période transitoire de 10 ans. Nous nous rallions ainsi à la position de la Chambre suisse des actuaires.

Let. b:

Le **CP** salue cette disposition, qui atténue les conséquences du (brusque) relèvement de l'âge ordinaire de la retraite des femmes de 62 à 64 ans.

Let. d:

Selon la **FER**, cette disposition serait applicable à la tenue de tous les comptes témoins constitués jusqu'au 31.12.2004. La charge actuarielle supplémentaire serait donc assumée par le collectif d'assurés alors que les ex-invalides pourront cotiser selon le salaire

coordonné et les bonifications en vigueur dès le 1.1.2005. Elle propose par conséquent de maintenir le salaire coordonné et les bonifications de vieillesse jusqu'au 31 décembre 2004.

Let. e:

La **FER** est d'avis que pour maintenir l'égalité de traitement, il suffit de conserver le salaire coordonné inchangé et d'appliquer le taux de conversion en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

3.2 Modifications de l'OLP

Art. 6, al. 2:

ASA/SVV: L'application du taux d'intérêt minimal lors du calcul du montant minimal selon l'art. 17, al. 1 et 4, LFLP doit se limiter à la partie obligatoire de l'avoir de prévoyance, car dans la partie surobligatoire les institutions de prévoyance peuvent fixer librement le taux d'intérêt (art. 15 LPP en relation avec l'art. 49, al. 2, LPP). L'actuel art. 6, al. 2, OLP n'est pas conforme à la fois et permet une inégalité de traitement injustifiée entre les destinataires qui restent dans l'institution de prévoyance et ceux qui sortent de celle-ci.

Art. 7:

Selon **l'ASA/SAV**, **l'ASA/SVV** et **Vorsorgeforum**, le taux d'intérêt moratoire ne doit pas dépasser celui du CO qui est de 5%, car les institutions de prévoyance ne doivent pas être plus mal placées que les autres institutions soumises au CO.

Le **CP** déclare ne pas comprendre pourquoi le taux de l'intérêt moratoire est augmenté par rapport au droit actuel.

La **CEPP** est en principe d'accord mais préconise cependant l'introduction d'une limite supérieure, comme par exemple celle découlant de l'art. 104 CO.

Pour l'**ASIP** et **l'Union patronale suisse**, il y a lieu de fixer une limite supérieure pour l'intérêt moratoire, par exemple, 5% (art. 104 CO).

Art. 15:

Pour **Swissbanking**, la formulation de cet article n'est pas claire: que veut dire de façon “substantielle »? Une communauté de vie signifie-t-elle l’obligation de vivre dans la même maison, le même ménage ou faut-il interpréter cette notion ? Les bénéficiaires sont-il soumis au droit successoral? En outre, la hiérarchie de cette disposition n'est pas claire: l’application d’un chiffre supprime-t-elle l’autre?

De l'avis du **CP**, dans les 2ème et 3ème phrases, le terme « al. » est à remplacer par celui de « ch. ».

Selon la **FER**, cette disposition doit être alignée sur l’art. 20a LPP. Il convient alors de reprendre entièrement l’art. 20a, al.1, let. a.

Union patronale suisse: Mieux harmoniser avec l’art. 20a LPP.

Art. 19:

L‘**USS**, la **FIS** et la **SEC Suisse** approuvent en principe le contenu de cette disposition mais considère que l’interdiction de l’application de l’art. 59 OPP 2 va trop loin. L'**USS** estime que cet article est mal construit et qu’il met en péril la sécurité du droit : au lieu d’une application par analogie des art. 71 LPP et 49 à 60 OPP 2, il faudrait dire clairement quelles dispositions sur les placements s’appliquent, à quelles conditions et à qui elles s’appliquent. La **SEC Suisse** considère que le but poursuivi par l’art. 19 OLP pourrait être atteint en constatant dans l’ordonnance que l’art. 59 OPP 2 ne peut être appliqué que pour réduire les risques.

L’**USAM** n’est pas d’accord avec cette disposition, qui empêche l’application de l’art. 59 OPP 2 ; elle est d’avis que si l’on veut améliorer la protection des destinataires, il serait préférable de modifier l’art. 59 OPP 2 en y précisant que l’extension des possibilités de placements doit d’abord servir à garantir la couverture des risques et en deuxième lieu seulement à optimiser les possibilités de rendement.

PS: En principe d’accord. Mais l’application de l’art. 59 OPP 2 concernant l’extension des possibilités de placement devrait continuer à être possible dans la mesure où cela permet, grâce à une diversification, de réduire les risques de placement ou, à risque égal, à améliorer les rendements. En prévoyant une application par analogie, on provoque une insécurité juridique. Malgré la précision dans le commentaire, il serait toujours possible d’appliquer l’art. 59 OPP 2. Il doit être indiqué clairement quelles sont les prescriptions applicables et à quelles conditions.

Travail.Suisse: En principe d'accord. Mais l'application de l'art. 59 OPP 2 concernant l'extension des possibilités de placement devrait continuer à être possible dans la mesure où cela permet, grâce à une diversification, de réduire les risques de placement.

3.3 Modifications de l'OPP 1

Généralités:

ASA/SVV: Il est douteux que les instituions de prévoyance déjà enregistrées remplissent les nouvelles exigences pour un nouvel enregistrement, ce qui devrait pourtant être le cas.

Art. 3:

Pour **Innovation 2e pilier** se pose la question de savoir s'il ne serait pas plus judicieux de placer ces institutions de prévoyance sous l'autorité cantonale de surveillance où elles ont leur siège au même titre que toutes les autres grandes institutions de prévoyance (Novartis, Nestlé, etc) qui ont également un caractère national et international.

Art. 6, let. c:

ASA/SVV: il est critiquable que la reconnaissance de l'organe de contrôle soit donnée in globo pour les institutions de prévoyance de droit public alors que dans le secteur privé, cette reconnaissance n'est donnée que ad personam, pour une période déterminée et sur demande.

Chambre-Fiduciaire: Il conviendrait de supprimer la let. d et d'ajouter un alinéa 2 dont le contenu serait le suivant: « Les institutions de prévoyance doivent présenter les principales activités planifiées et l'organisation prévue pour la mise en œuvre de ces activités. Elles doivent également démontrer que l'organisation de leurs structures et de leurs procédures ainsi que leur système de contrôle interne sont appropriés et susceptibles de s'adapter aux exigences à venir ».

Art. 6, let. e:

VS est d'avis que vu l'importance de la fortune thésaurisée par les institutions de prévoyance et des revenus qui en découlent, les mesures de sécurité énoncées dans cette

disposition devraient être plus contraignantes pour les organes de l'institution. L'ordonnance devrait contenir un catalogue exhaustif de conditions restrictives et d'exigences de nature personnelle. Il en va de même de l'art. 6, let. e, OPP 1, qui ned va pas assez loin puisqu'il se borne à énoncer l'obligation d'établir l'existence d'un contrôle interne.

3.4 Modifications de l'OEPP

Généralités:

L'**USS** désapprouve l'augmentation des émoluments ; elle craint que ceux-ci, et en particulier les maximaux qu'elle qualifie d'exorbitants fixés à l'art. 4, ne mettent en péril certaines institutions. L'**USS** note également que ce ne sont pas toujours les institutions qui sont la cause des surcroîts de travail administratif occasionnés aux autorités de surveillance.

SO, BL, FR, ZG et **la CACS** relèvent que les émoluments fixés sont hauts pour des IP exonérées d'impôts; ils ne respectent pas le principe d'équivalence.

LU, BS, AR, OW, GL, TG sont d'avis que le principe d'équivalence n'est pas respecté.

Pour la **Chambre Suisse des actuaires-conseils**, les tâches de surveillance ressortent du domaine public et doivent être en principe gratuites en particulier lorsque les institutions de prévoyance sont obligatoirement soumises à une autorité de surveillance. Les émoluments sont trop élevés et disproportionnés (par ex. l'émolument maximal de 150'000.- fr.). Cette augmentation ne correspond pas à ce qui a été décidé dans la commission LPP.

La **CSSS-N** est d'avis que l'émolument de 150'000.- fr est beaucoup trop élevé et que le barème des émoluments doit globalement être corrigé vers le bas.

Le **CP**, la **FIS**, le **PS**, la **CEPP**, l'**ASIP**, **l'USAM et la SEC Suisse** estiment l'augmentation des émoluments trop élevée et/ou hors de toute proportion raisonnable.

L'**USAM** relève qu'avant d'augmenter les émoluments de surveillance, il conviendrait de réexaminer et d'adapter les structures de la surveillance.

Union patronale suisse: La nouvelle ordonnance sur les émoluments est rejetée. Elle doit être retravaillée et reprise dans le cadre du 3ème paquet. Les augmentations sont exagérées et hors de toute proportion avec le travail administratif occasionné. Il n'y a aucune comparaison avec l'ordonnance actuelle, de sorte que l'application n'est pas possible non plus du point de vue quantitatif.

Servisa: La nouvelle ordonnance sur les émoluments occasionnerait un immense surcoût. Le seul émolument annuel de surveillance signifierait pour Servisa des coûts plus que décuplés. Les montants doivent être examinés sous l'angle de leur proportionnalité.

ASA/SVV: Rejet. Propose de conserver l'actuelle ordonnance sur les émoluments. L'augmentation des émoluments est exagérée et manque de transparence. Dès lors que les structures de la surveillance sont actuellement réexaminées en profondeur, il n'est pas urgent de modifier les émoluments.

Travail.Suisse: Rejet de l'augmentation des émoluments. Les montants proposés sont exagérés. L'actuelle relation entre le prix et les prestations est insatisfaisante et ne justifie en tout cas pas d'augmentation des émoluments.

Art. 2:

UR est d'avis que l'émolument de surveillance doit être adapté au principe de l'équivalence.

La **FIS** est d'avis que l'autorité de surveillance devrait préciser pourquoi elle prélève une taxe à part pour les mesures extraordinaires qui n'est pas comprise dans l'émolument ordinaire de surveillance.

Chambre-Fiduciaire: Le capital de couverture des rentes et les réserves pour les prestations à bien plaire et les prestations financières (« Finanzierungsleistungen ») ne jouent aucun rôle pour la fixation des émoluments. Une caisse composée uniquement de rentiers devrait dès lors verser l'émolument minimal de 1000 francs indépendamment de sa grandeur et de sa complexité. De la sorte, on cimente une réglementation (art. 63a LPP) ignorant le principe de la proportionnalité. La Chambre fiduciaire recommande d'examiner s'il n'est pas possible, comme cela est prévu pour les institutions annexes, de se fonder sur la somme des actifs inscrits. Cela permettrait de satisfaire aux exigences légales. La question de savoir qui va supporter les coûts de surveillance en cas de liquidation partielle devrait également être réglée.

Vorsorgeforum: Il manque une base légale pour des émoluments d'une telle importance. Ils ont dans cette mesure un caractère fiscal, car ils ne sont justifiés par un surcroît de travail et de coûts pour l'autorité de surveillance. Il faut maintenir les montants actuels.

Art. 3:

ASA/SVV: Il n'y a pas de définition de l'institution annexe. Il faut soit fixer une définition légale, soit procéder à une énumération exhaustive dans l'ordonnance.

Art. 4:

Union Suisse des paysans: Proposition: réduire de moitié les montants-limites supérieurs, car ils sont disproportionnés, à l'exception de ceux fixés par les lettres c et f. Les dépenses résultant d'une erreur d'appréciation de la situation de la part de l'office doivent être supportées par l'office lui-même. L'ordonnance doit être précisée dans ce sens.

Art. 5:

Union Suisse des paysans: Même remarque que sous art. 4.

3.5 Modifications de l'OPP 3

Généralités:

ASA/SVV: Les modifications proposées peuvent être acceptées.

Art. 2:

De manière générale, **Swissbanking** est d'avis qu'il serait mieux de prendre la réglementation du 2e pilier, de l'OLP ou du droit successoral. En outre, au chiffre 2, la formulation avec « sowie » ou « oder » n'apporte aucune précision. Swissbanking propose donc la formulation suivante pour la let.b, ch. 2: « à parts égales, les personnes physiques à l'entretien desquelles… ou la personne qui a formé avec ce dernier une communauté de vie d'au moins cinq ans… plusieurs enfants communs ; ». Si les descendants directs devaient être privilégiés par rapport au concubin, il faudrait en outre le préciser dans un chiffre à part.

Pour la **FER**, cet art. doit être aligné si possible sur l'art. 20a LPP et ne pas exclure les descendants directs.

La **Conférence Suisse des Impôts** est en principe d'accord avec la possibilité de désigner le concubin comme bénéficiaire. Toutefois, comme l'al. 2 n'est pas modifié, la désignation du concubin comme bénéficiaire en l'absence d'un conjoint survivant – ce qui devrait être la règle – a un caractère impératif et empêche la désignation des enfants comme bénéficiaires à la place du concubin, ce qui est en contradiction avec l'art. 15 OLP. Elle se demande si cela est voulu.

Annexe

Liste des abréviations

AG	Canton d'Argovie
AR	Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
AS GE	Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance de la République et canton de Genève
ASA/SAV	Association Suisse des Actuaires
ASA/SVV	Association Suisse d'Assurances
ASIP	Association Suisse des Institutions de prévoyance
BE	Canton de Berne
BL	Canton de Bâle-campagne
BS	Canton de Bâle-ville
CACS	Conférence des autorités cantonales de surveillance
CEPP	Commission d'étude pour les problèmes de la prévoyance vieillesse et survivants en Suisse
Conférence	Conférence des Caisses cantonales de compensation
CP	Centre patronal
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FIS	Fondation Institution supplétive LPP
FR	Canton de Fribourg
FSIH	Fédération Suisse pour l'intégration des handicapés
GE	Canton de Genève
GL	Canton de Glaris
GR	Canton des Grisons
LU	Canton de Lucerne
NW	Canton de Nidwald
OW	Canton d'Obwald
SEC Suisse	Société Suisse des Employés de commerce
SG	Canton de St-Gall

SO	Canton de Soleure
TG	Canton de Thurgovie
TI	Canton du Tessin
UDC	Union démocrate du Centre
UR	Canton d'Uri
USAM	Union Suisse des Arts et Métiers
USF/STV	Union Suisse des Fiduciaires
USS	Union Syndicale Suisse
VD	Canton de Vaud
ZG	Canton de Zug

445 INVALIDITE – QUESTIONS DE DROIT TRANSITOIRE

Au cours des travaux de l'OPP2, diverses questions relatives à la coordination entre la 1ère révision de la LPP et la 4ème révision de l'AI se sont posées. Nous rappelons ci-après le mécanisme prévu dans la lettre f) disp. trans. 1ère révision LPP.

Celle-ci stipule que :

[1] Les rentes d'invalidité en cours avant l'entrée en vigueur de la présente modification sont régies par l'ancien droit.

[2] Pendant une période de deux ans dès l'entrée en vigueur de la présente modification les rentes d'invalidité seront fondées sur le droit en vigueur selon l'art. 24 dans sa version du 25 juin 1982.

[3] Si le degré d'invalidité diminue lors de la révision d'une rente en cours, celle-ci est prise en considération selon l'ancien droit.

[4] Les trois quarts de rente d'invalidité seront introduits seulement après l'entrée en vigueur de la 4e révision du 21 mars 2003 de la LAI.

[5] Les rentes nées après un délai de deux ans dès l'entrée en vigueur de cette modification et qui sont encore des rentes entières sur la base de l'al. 4 seront transformées en trois quarts de rente lors de l'entrée en vigueur de la 4e révision de la LAI, s'il y a aussi transformation en trois quarts de rente dans l'assurance-invalidité.

Pour rappel:

Invalidité selon le droit actuel	*Invalidité selon le nouveau droit*
(au 31.12.04)	(dès le 1.1.05)
50% - ½ rente	40% - ¼ rente
	50% - ½ rente
	60% - ¾ rente
2/3 (66%) – rente entière	70% - rente entière

Les dispositions transitoires relatives aux trois quarts de rentes AI ont été introduites en cours de travaux de révision de la LPP, soit au niveau de la CSSS-E, pour tenir compte de ce qui s'était fait dans le cadre de la 4ème révision de l'AI.

La question de la garantie des droits acquis s'est posée, étant donné que l'introduction de trois quarts de rente impliquaient une réduction éventuelle de la rente AI complete perçue jusqu'ici. Après discussion, il s'est avéré qu'une disposition transitoire garantis-

sant le maintien des droits acquis pendant deux ans était justifiée. C'est dans ce sens que la lettre f) disp. trans. de la 1ère révision de la LPP a été élaborée.

A noter d'emblée que les al. 4 et 5 de cette lettre f sont désormais devenus caducs actuellement (on ignorait, en effet, lors de l'adoption de la 1ère révision de la LPP, si la 4ème revision de la LAI entrerait en vigueur avant la 1ère revision de la LPP, de sorte qu'il a fallu prévoir une disposition de coordination LPP - AI).

Concrètement, ces dispositions auront les effets suivants.

Durant la **période transitoire de deux ans**, on devra faire face à deux droits différents, à savoir le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 et le nouveau droit dès le 1er janvier 2005 :

1. Une rente déjà en cours au 1.1.05 sera régie par l'ancien droit

2. Une rente née sous l'ancien droit et versée sous le nouveau droit sera calculée sous l'ancien droit.

Selon ces règles, il y a lieu d'appliquer l'ancien droit aux deux cas de figure ci-dessus, soit, en cas de diminution du degré d'invalidité et pour les questions relatives à l'assujettissement (art. 1, al. 1 let. d OPP2) et au salaire coordonné des assurés partiellement invalides (art. 4 OPP2). Ces rentes seront régies par l'ancien droit pendant toute leur durée et non pas uniquement durant la période transitoire.

Par rente en cours au sens de l'al. 3, il faut entendre une rente dont le droit est né avant le 1.1.05. Le début de la rente ne dépend pas du versement, mais de sa naissance. On applique à ce sujet les règles de la prescription des droits par analogie. Il y a lieu de se fonder sur la décision AI (= début du droit à la rente). Dans cette hypothèse, si le degré d'invalidité diminue en cas de révision (par exemple : de 70% à 67%), on garde la rente entière et on ne verse pas 3/4 de rente. En revanche, si le degré d'invalidité augmente de 50% à 66%, on versera 3/4 de rentes et non pas une rente entière.

Jusqu'au 31.12.06, les quarts et trois quarts de rente n'existeront pas dans la LPP. Dès lors pour les rentes courantes ainsi que pour les rentes nées dans cette fourchette de deux ans, on ne versera pas de trois quarts de rentes ni de quarts de rente et si le degré d'invalidité diminue jusqu'à 50%, on maintiendra l'ancienne rente entière. D'autre part, si, durant la période de deux ans, un assuré invalide touché ¼ de rente AI, il n'a pas droit à ¼ de rente LPP, et ce même après l'écoulement du délai de 2 ans.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 76

22 juillet 2004

Table des matières

Indications

446 Obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 11 LPP) pour les employeurs de l'UE sans établissement stable en Suisse

Prise de Position de l'OFAS

447 Pratique de certaines assurances en cas de résiliation des contrats d'assurance collective
448 Vente forcée du logement et remboursement du versement anticipé

Jurisprudence

449 En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance surobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité
450 Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale
451 Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance
452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance
453 Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance
454 Annonce d'un salaire inexistant
455 Divorce et partage de la prévoyance
456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

04.373

Indications

446 Obligation de s'affilier à une institution de prévoyance (art. 11 LPP) pour les employeurs de l'UE sans établissement stable en Suisse

L'accord sur la libre circulation des personnes est entré en vigueur le 1er juin 2002. Il s'applique à la Suisse et aux Etats suivants membres de l'Union européenne (UE) :

– Belgique
– Danemark
– Allemagne
– Finlande
– France
– Grèce
– Grande-Bretagne
– Irlande
– Italie
– Luxembourg
– Pays-Bas
– Autriche
– Portugal
– Suède
– Espagne

En ce qui concerne les 1er et 2e piliers, cet accord rend applicable les règlements 1408/71 et 574/72, en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Ces actes juridiques s'appliquent à la Suisse comme « Etat membre » (art. 1, al. 2, de l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, RO 2002 p. 1552).

Selon l'art. 13, al. 2, let. a, du règlement 1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. Par conséquent, le droit suisse des assurances sociales s'applique aux personnes qui travaillent en Suisse pour une entreprise ayant son siège dans un des 15 Etats susmentionnés.

D'après l'arrêt 61975J0008 de la CJCE du 24 juin 1975 (chiffre 2), un employeur qui est établi dans un autre Etat membre que celui dont la législation de sécurité sociale est applicable au travailleur est certes exonéré du paiement des cotisations aux organismes de sécurité sociale de son propre Etat ; il est par contre tenu de verser les cotisations prévues par la législation dont le travailleur relève. Par conséquent, les employeurs établis dans l'un des 15 Etats susmentionnés et qui n'ont pas d'établissement stable en Suisse seront traités, en règle générale, comme s'ils avaient un établissement stable en Suisse et seront donc tenus de cotiser dans le 1er pilier [cf Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), chiffre 2041, sur internet: www.sozialversicherungen.admin.ch, rubrique AVS, données de base].

D'après l'art. 5, al. 1, LPP, la personne qui est employée en Suisse par une entreprise ayant son siège dans l'un des 15 Etats de l'UE, doit être assurée à la LPP; l'entreprise en question a l'obligation de s'affilier à une institution de prévoyance dans la mesure où

les exigences de l'art. 11, al. 1, LPP sont remplies (employeur occupant en Suisse un salarié soumis à l'assurance obligatoire). L'exception de l'art. 1, al. 1, let. a, OPP 2 ne s'applique pas, car l'employeur a l'obligation de payer des cotisations à l'AVS.

Ces règles sont déjà en vigueur depuis le 1er juin 2002. Le délai transitoire de 5 ans prévu par le protocole de l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes ne concerne que la prestation de sortie de la prévoyance professionnelle (cf RO 2002 p. 1579).

Prise de Position de l'OFAS

447 Pratique de certaines assurances en cas de résiliation des contrats d'assurance collective

Depuis le 1er avril 2004, en cas de résiliation des contrats d'assurance collective, les assureurs ne sont plus autorisés à déduire les risques d'intérêts si les contrats entre les institutions de prévoyance et les entreprises d'assurance ont duré plus de cinq ans. D'autre part, la résiliation des contrats d'affiliation est régie par de nouvelles règles qui tiennent mieux compte de la transparence et de la protection des droits des assurés.

Ces dispositions sont entrées en vigueur en avril de cette année et s'appliquent à tous les contrats existants ou nouveaux. Il n'y a pas de dispositions transitoires pour les contrats en cours. Or, il a été porté à la connaissance de l'OFAS que certains assureurs ont avisé leurs clients que les nouvelles dispositions légales ne touchent pas les contrats en cours mais uniquement les nouveaux contrats. Une telle disposition est non seulement fausse, mais encore viole-t-elle le texte clair de la loi, tel qu'il résulte de la volonté sans équivoque du parlement. Dès lors, tout contrat qui est résilié doit désormais respecter les dispositions du 1er paquet de la 1ère révision de la LPP.

448 Vente forcée du logement et remboursement du versement anticipé

(art. 30d LPP et art. 7 OEPL)

La vente forcée d'un logement et le produit qui en résulte, conformément à l'article 30d, alinéa 5 LPP, n'est pas forcément identique au montant du versement anticipé. On peut dès lors se poser la question de savoir si l'assuré conserve toujours le droit de procéder à des remboursements du versement anticipé. Certes, il a la possibilité de racheter des lacunes d'assurance selon la loi sur le libre passage (LFLP). En principe, il ne peut en faire usage que lors de l'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance (art. 9 LFLP), voire ultérieurement si le règlement le prévoit expressément, ce qui n'est pas toujours le cas.

Par contre, dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, différentes mesures ont été prévues par le législateur destinées à reconstituer le capital de couverture de l'assuré. Ainsi, l'article 30c, alinéa 4, LPP permet à l'assuré de combler les lacunes d'assurance en concluant une assurance complémentaire pour la couverture des risques de décès et d'invalidité. Les remboursements du versement anticipé sont régis aux articles 30d et 7 OEPL. En outre, en vertu de l'article 30d, alinéa 6, LPP, lorsque l'assuré rembourse le versement anticipé, il a droit à des prestations proportionnellement plus

élevées en fonction des remboursements, calculées selon le règlement de la caisse. Enfin, il y a encore lieu de mentionner, lorsque le versement anticipé est entièrement remboursé, la possibilité de racheter la perte d'intérêts résultant de la diminution du capital de prévoyance suite au versement anticipé (cf. art. 60a, al. 2, let. c, OPP2).

A notre avis, si après la vente forcée de l'immeuble, le versement anticipé n'a que partiellement été remboursé, il n'y aucune raison de priver l'assuré de ses droits, même s'il ne dispose plus de la propriété de son logement. Les lacunes d'assurance subsistent encore et une solution contraire reviendrait à introduire une inégalité de traitement entre assurés selon que le produit de la vente suffit ou non à rembourser le montant du versement anticipé. Il est par conséquent toujours possible de procéder à des remboursements conformément aux dispositions légales, voire de poursuivre ou de contracter une assurance complémentaire pour les risques de décès et d'invalidité. Ces remboursement ne doivent pas être considérés comme des rachats et les articles 79a LPP, respectivement 60a OPP2, ne sont donc pas applicables.

Pour ce qui est de la restriction du droit d'aliéner selon l'article 30^{e}, alinéa 2, LPP, celle-ci n'a plus aucun objet et elle peut donc être radiée du registre foncier. En effet, cette restriction du droit d'aliéner selon la LPP n'est pas un moyen qui affecte le droit d'aliéner mais le pouvoir de disposer (cf. «Instructions aux autorités du registre foncier sur la mention d'une restriction du droit d'aliéner et sa radiation» publiées dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 32, du 21 avril 1995, p. 9, ch. 1.6). L'assuré n'étant plus propriétaire de l'immeuble, il n'est par conséquent plus en mesure d'en disposer librement.

Jurisprudence

449 En cas de réticence de la part de l'assuré, l'institution de prévoyance est fondée, dans les quatre semaines après avoir pris connaissance du fait, à exclure la prévoyance surobligatoire prévue dans le contrat de prévoyance. Le délai commence à courir le jour où l'institution de prévoyance a reçu le dossier de l'assurance-invalidité

(Référence à un arrêt du TFA du 1er décembre 2003, en la cause Z., B 50/02 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 4ss LCA)

La réticence et ses conséquence dans le domaine de la prévoyance plus étendue s'apprécient en premier lieu à la lumière des dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance. Lorsque les statuts et les règlements n'en disposent pas autrement, l'institution de prévoyance est fondée, si l'assuré a commis une réticence, à dénoncer le contrat de prévoyance dans les quatre semaines, cela en application par analogie des art. 4ss LCA.

Selon l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence. Ce délai commence à courir dès le moment où l'assureur est mis au courant de la réticence de façon certaine, c.-à-d. qu'il n'a plus aucun doute à son sujet.

Une personne morale a une connaissance relevante d'un état de fait lorsqu'elle dispose des éléments pertinents au sein de son organisation.

Il s'ensuit que pour l'institution de prévoyance, le délai de quatre semaines selon l'art. 6 LCA commence à courir non à la date où elle reçoit la prise de position de son médecin de confiance, mais à la date où elle reçoit le dossier de l'assurance-invalidité. L'institution doit alors déterminer s'il y a eu réticence. Lorsque cette détermination doit se faire en étroite collaboration avec le médecin de confiance, la caisse de pension est considérée comme informée des faits que ce dernier connaît et dont on peut déduire qu'il y a eu réticence. Si, pour fixer le moment à partir duquel court le délai, on se fondait sur la date de réception du rapport du médecin de confiance par l'institution, indépendamment de la durée pendant laquelle le dossier de l'assurance-invalidité est resté chez ledit médecin, cela reviendrait pratiquement à permettre à l'institution de fixer à bien plaire le moment où commence à courir le délai. Le délai de quatre semaines suffit pour que l'institution puisse décider si elle veut se départir de la partie surobligatoire du contrat de prévoyance. Dans l'affirmative, cela constitue une mesure grave pour l'assuré, raison pour laquelle l'institution de prévoyance doit se montrer particulièrement attentive au respect du délai.

450 Calcul de surindemnisation et comparaison avec le revenu du frère de l'assuré dans l'entreprise familiale

(référence à l'arrêt du TFA du 22 mars 2004, en la cause S., B 98/03 ; arrêt en français)

(art. 34a LPP et 24 OPP 2)

L'institution de prévoyance (IP) a versé à S. des prestations d'invalidité depuis 1992, sur la base d'une incapacité de gain de 100 %, puis de 50 %. Dans son calcul de surindemnisation, l'IP s'est basée sur un salaire de 70'200 francs en 1991, dans une activité à plein temps. Elle a retenu un gain présumé perdu de 83'263 francs en 2002 après avoir indexé le salaire susmentionné selon la convention collective de la branche professionnelle.

S. prétend qu'il faudrait se baser sur le revenu brut de 106'100 francs réalisé en 2001 par son frère, qui exerce la même activité que lui au sein de la société, mais à plein temps, tandis que S. a travaillé à mi-temps depuis 1996.

Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF 129 V 474 consid. 4.1). Cette règle n'est pas absolue, notamment dans le cas d'indépendants, pour lesquels il est parfois nécessaire d'analyser la situation concrète au regard notamment de la situation économique dans la branche considérée, des aptitudes de l'intéressé et des fonctions exercées au sein de l'entreprise (Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 1997, p. 208; RCC 1981 p. 40).

En l'espèce, on ignore sur quelle base l'IP s'est fondée pour retenir un salaire de 70'200 fr. en 1991. De plus, on ne dispose d'aucune indication sur le salaire versé au frère de S. avant la survenance de l'invalidité, ni sur l'évolution de ce salaire durant les années ultérieures ou encore sur la répartition entre les deux frères des activités dans la société.

Ces derniers éléments seraient éventuellement aptes à fournir des indices sur l'évolution probable du salaire de S. sans invalidité. Comme S. est actionnaire et administrateur de la société qui l'emploie, il a un statut qui s'apparente, dans les faits, à celui d'un indépendant. Or, il n'est pas d'emblée exclu qu'un indépendant à la tête d'une entreprise familiale d'installation de chauffages et de sanitaires puisse réaliser un revenu sensiblement supérieur à 80'000 francs, même si l'entreprise est exploitée en association avec un autre membre de la famille. Il n'est pas non plus déraisonnable de penser que si le recourant était à même de mettre à profit sa capacité de travail sans restriction, il pourrait espérer un revenu comparable à celui de son frère. C'est pourquoi, le TFA a renvoyé la cause au tribunal cantonal pour complément d'instruction.

451 Compétence pour statuer sur l'action en responsabilité civile contre l'institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 27 avril 2004, en la cause L., B 93/03 ; arrêt en français)

(art. 73, al. 1, LPP)

L. est au bénéfice d'une rente entière de l'AI depuis le 1er mars 1996. L'institution de prévoyance (IP) de L. a refusé de lui verser toute prestation d'invalidité, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était survenue le 27 mars 1995, alors qu'il n'était plus assuré chez elle, suite à la résiliation des rapports de travail le 21 décembre 1994. L. a ouvert action devant le tribunal cantonal des assurances pour réclamer le paiement d'une somme de 123'834 francs, correspondant selon lui au dommage résultant de la perte des rentes qu'il aurait dû percevoir s'il avait été assuré. L. reproche à l'IP d'avoir omis de l'informer personnellement de toutes les possibilités légales de maintien de la prévoyance. Le tribunal cantonal des assurances a rejeté l'action de L., en considérant que l'IP n'était pas responsable de l'absence de couverture d'assurance lorsque L. a été victime d'un infarctus le 27 mars 1995.

Le TFA constate que L. n'a pas saisi le juge des assurances sociales d'une action dirigée contre l'IP en paiement de prestations de la prévoyance professionnelle, en exécution d'un contrat de prévoyance. En effet, L. a uniquement invoqué la responsabilité de l'IP dans le défaut d'assurance lors de la survenance du risque afin d'obtenir la réparation du préjudice causé, qui correspondrait selon lui aux rentes qu'il ne pouvait pas percevoir.

Or, un tel litige ne relève pas spécifiquement de la prévoyance professionnelle, au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. En effet, il s'agit-là manifestement d'une action en responsabilité civile du fait d'un dommage, intentée contre l'IP. Une telle action n'est pas recevable devant les autorités juridictionnelles désignées à l'art. 73 LPP (ATF 117 V 42 consid. 3d, ATF 120 V 30 consid. 3 et 4, RSAS 1998 p. 133 consid. 4b, RSAS 1998 p. 53 consid. 2). Le TFA n'est donc pas compétent pour en connaître, pas plus qu'il ne saurait constater en l'état une éventuelle violation d'une obligation de renseigner.

Par conséquent, le Tribunal cantonal des assurances n'était pas habilité, en sa qualité de juge de l'art. 73 LPP, de connaître de la demande portée devant lui. En définitive, le jugement cantonal attaqué doit être annulé d'office (cf. ATF 120 V 32 consid. 4).

452 Pas de droit à la prise en compte d'avoirs provenant d'une institution de libre passage après la survenance d'un cas de prévoyance

(Référence à un arrêt du TFA du 30 avril 2004, en la cause K., B 83/02 ; arrêt rendu en allemand)

(confirmation de l'arrêt du 10.07.2003, B 9/01 = TFA 129 V 440, résumé dans le bulletin LPP N° 71, du 23.12.2003,. ch. 424, et délimitation de l'état de fait ayant donné lieu à cet arrêt)

Dans le cas présent, l'assuré a exigé, après la survenance de l'invalidité, que des avoirs de libre passage transférés par des institutions de prévoyance précédentes à une fondation de libre passage et à l'institution supplétive soient pris en compte par son institution de prévoyance et utilisés pour le calcul de la rente d'invalidité. Lors de l'entrée dans l'institution de prévoyance débitrice de la prestation, il n'existait aucune obligation réglementaire d'apporter les avoirs déposés auprès d'institutions de libre passage. En outre, l'institution de prévoyance avait à l'époque attiré l'attention de l'assuré sur son obligation de transférer l'avoir acquis dans l'institution de prévoyance immédiatement précédente et sur la possibilité de racheter des prestations.

En l'espèce, le TFA a jugé que conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 4, let. a, de l'ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994 (aOLP), qui visait le même objectif que l'actuelle OLP, le droit de pouvoir transférer en tout temps un avoir d'une institution de libre passage à une institution de prévoyance n'existait qu'aussi longtemps qu'un cas d'assurance (vieillesse, décès ou invalidité) n'était pas encore survenu. Cette situation est différente de celle où la prestation de libre passage se trouve encore auprès de l'institution de prévoyance précédente et où par conséquent cette dernière doit en tenir compte même après la survenance du cas de prévoyance (ATF 129 V 440).

453 Droit de recours du fonds de garantie contre un canton dont l'autorité de surveillance a contribué par sa faute à l'insolvabilité d'une institution de prévoyance

(référence à l'arrêt du TFA du 4 mai 2004, en la cause canton de Soleure c. fonds de garantie, B 78/01 ; arrêt en allemand)

(art. 52, 56a, al. 1, 73, al. 1, 2^{e} phrase, LPP)

Le fonds de garantie qui, d'après l'art. 56, al. 1, LPP, garantit les prestations légales des institutions de prévoyance devenues insolvables, dispose, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 56a LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1997). Depuis le 1er janvier 1997, le tribunal (cantonal) de l'art. 73, al. 1, 2^{e} phrase, LPP compétent pour connaître des actions en responsabilité au sens de l'art. 52 LPP est aussi compétent pour statuer sur les actions en remboursement intentées par le fonds de garantie, même lorsque la situation litigieuse a débuté avant le 1er janvier 1997.

L'art. 56a, al. 1, LPP régit non pas la responsabilité d'un cercle déterminé de personnes mais le droit au remboursement du fonds de garantie contre les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés. Par contre, l'art. 52 LPP prévoit la responsabilité des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance pour le dommage qu'elles ont causé à celle-ci par leur propre faute. D'après la volonté du législateur, le fonds de garantie doit être indemnisé pour les prestations qu'il a garanties, de sorte que le cercle des personnes contre lesquelles il peut se retourner dépasse celui de l'art. 52 LPP. L'art. 56a, al. 1, LPP constitue la base légale pour la responsabilité de toutes les personnes qui ont contribué par leur faute à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Il vise notamment les personnes dont la responsabilité n'est pas engagée selon l'art. 52 LPP. Sur la base de l'art. 56a, al. 1, le fonds de garantie dispose donc aussi d'un droit au remboursement contre ces personnes.

Le droit de recours du fonds de garantie selon l'art. 56a, al. 1, LPP peut s'exercer également contre les personnes morales du droit public, y compris les cantons. Le législateur a délibérément renoncé à un renvoi à l'art. 52 LPP, qui régit la responsabilité sans mentionner les autorités de surveillance, cela afin d'inclure les autorités de surveillance et leurs cantons respectifs dans le cercle des personnes ayant la légitimation passive. Dans le cadre de l'application du droit fédéral sur la prévoyance professionnelle obligatoire, la surveillance relève de la compétence des cantons (art. 61 ss LPP). C'est pourquoi, le fonds de garantie doit pouvoir agir contre le canton, en tant qu'organe chargé de la surveillance, lorsque l'autorité cantonale de surveillance n'a pas rempli correctement les tâches qui lui incombent selon l'art. 62 LPP et qu'elle a contribué ainsi à l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

454 Annonce d'un salaire inexistant

(référence à l'arrêt du TFA du 28 mai 2004, cause B 91/03 ; arrêt en allemand)

Pendant plusieurs années, un salaire annuel de 40'000 francs avait été annoncé à l'institution de prévoyance au nom de l'intimée, en tant qu'épouse collaborant dans l'entreprise de son mari. Toutefois, aucun salaire n'a jamais été versé et aucune cotisation AVS n'a été prélevée. Lorsque l'intimée atteignit l'âge de la retraite, l'institution de prévoyance versa à celle-ci une prestation de vieillesse sous forme de capital. Par la suite, l'institution de prévoyance exigea le remboursement de cette prestation après avoir constaté qu'il n'y a jamais eu perception de cotisations AVS en faveur de cette assurée.

Le TFA a considéré l'intimée comme une épouse collaborant (occasionnellement) dans l'entreprise de son mari, sans toucher de salaire en espèces, ni d'indemnité au sens de l'art. 165 CC. En l'absence de salaire, elle n'était donc pas assurée obligatoirement. Il n'y avait, par ailleurs, aucun indice que l'intimée était assurée comme indépendante ou facultativement. De plus, l'intimée ne pouvait se prévaloir d'aucun droit en invoquant la protection de la bonne foi, car elle a déclaré qu'elle s'occupait de l'administration, de sorte qu'elle était censée savoir que son mari a fait croire à l'institution de prévoyance qu'un salaire était versé à l'épouse. C'est pourquoi, le TFA a jugé que la prestation de vieillesse

avait été versée à tort et que, dès lors, l'action en remboursement de l'institution de prévoyance était bien fondée.

La question du remboursement des cotisations encaissées peut rester ouverte. En effet, ni les mémoires des parties dans la procédure cantonale, ni le jugement attaqué n'avaient pour objet l'existence et l'étendue d'un éventuel remboursement des cotisations. Par conséquent, cette question ne peut faire l'objet d'un recours devant le TFA.

455 Divorce et partage de la prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 juin 2004 en la cause JL et S. M., B 115/03; arrêt rendu en français)

(Art. 22 LFLP ; art. 122, 123, 141 et 142 CC ; art. 7 OLP ; art. 12 OPP2)

Conformément à l'art. 122, al. 1 CC, les prestations de sorties acquises par chaque époux durant le mariage sont partagées par moitié, lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu. Chaque époux a droit à la moitié des avoirs de l'autre, tandis que, lorsque les deux conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances est partagée (art. 122 al. 2 CC).

Le TFA rappelle que pour chaque conjoint, on calcule la prestation à partager en déduisant la prestation de sortie existant avant le mariage et on rajoute les intérêts. En revanche, lorsque des sommes ont été transférées au titre de mesures spéciales ou de fortune libre à l'un des époux, avant le mariage, on ne doit pas les prendre en considération dans le calcul de la prestation à partager.

A cette occasion, le TFA rappelle que le calcul de la somme à partager doit s'opérer non pas en additionnant les montants respectifs des époux avant le partage et diviser par deux la somme obtenue, comme le préconisent certains actuaires, puis de transférer le résultat de ce partage, mais bien de déduire du montant le plus élevé des deux avoirs le montant le moins élevé et de partager en deux le montant y résultant. Cette somme ainsi obtenue sera ensuite transférée à l'institution de prévoyance de l'époux créancier (cf. ATF 129 V 254 cons. 2.3). D'autre part, sur la somme de la prestation de sortie à transférer, l'institution de prévoyance débitrice doit verser à la fois des intérêts compensatoires et moratoires. L'intérêt compensatoire est dû dès l'entrée en force du jugement de divorce, au taux fixé par son règlement, ou, à tout le moins, à celui correspondant au taux légal LPP. A cela s'ajoute un intérêt moratoire éventuel dès le 31ème jour après l'entrée en force du jugement de divorce, du jugement du tribunal LPP compétent, respectivement du jugement du TFA. Le taux de l'intérêt moratoire correspond à l'art. 7 OLP en corrélation avec l'art. 12 OPP2.

456 Compensation de la créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé avec la créance de l'épouse divorcée

(référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2004, en la cause W., B 76/03 ; arrêt en allemand)

(art. 120 CO)

L'institution de prévoyance a fait valoir une créance en dommages-intérêts contre le mari divorcé dans le cadre de la faillite privée de celui-ci. Il y a lieu d'examiner si l'institution de prévoyance peut compenser sa créance en dommages-intérêts avec le droit de l'épouse divorcée à une part de la prestation de sortie selon le jugement de divorce.

La compensation de créances réciproques constitue selon la doctrine et la jurisprudence un principe général du droit qui est ancré aux art. 120 ss CO en ce qui concerne le droit civil, mais qui s'applique aussi au droit administratif. Le principe de compensation s'applique également au droit des assurances sociales, même lorsqu'il n'est pas prévu expressément. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la loi régit (de manière restrictive) uniquement le cas de la compensation des créances que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance. La réciprocité des créances constitue une des conditions positives de la compensation d'après l'art. 120, al. 1, CO, ainsi qu'en droit administratif. Il y a réciprocité au sens de cette disposition lorsqu'il y a deux obligations et que deux personnes sont simultanément créancières et débitrices l'une envers l'autre pour chacune des obligations.

L'épouse divorcée dispose, sur la base du jugement de divorce, d'un droit direct sur une part de la prestation de sortie. Dans le cas d'espèce, ce n'est pas la femme divorcée qui est débitrice de la créance à compenser, mais l'époux divorcé, de sorte qu'il n'y a pas de réciprocité, qui est l'exigence fondamentale pour la compensation.

La déclaration de compensation de l'institution de prévoyance à l'égard de l'époux divorcé est sans importance dans le présent cas, car la question litigieuse est de savoir si le jugement de divorce confère à l'épouse divorcée le droit de faire transférer une partie de la prestation de sortie de son ex-mari. Par conséquent, c'est uniquement la déclaration de compensation à l'égard de l'épouse divorcée qui entre en considération, laquelle s'avère inadmissible en l'absence de réciprocité des créances.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 77

7 octobre 2004

EDITION SPECIALE

457 Nouvelle réglementation de la gestion paritaire des institutions collectives et communes

Table des matières

A. Point de la situation

B. Champ d'application

1. Institutions de prévoyance enregistrées
2. Institutions de prévoyance non enregistrées

C. Contenu de la nouvelle réglementation relative à la parité dans le conseil de fondation

1. Principe
   a. Nouveautés pour les fondations collectives
   b. Nouveautés pour les fondations communes
2. Procédure de désignation
   a. Droit de désignation
   b. Droit d'éligibilité
3. Représentation externe
4. Droits de veto de l'entité fondatrice
5. Diffeérence entre fondations collectives (semi-) autonomes et fondations collectives ayant conclu un contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques

D. Suite des travaux

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

457 Nouvelle réglementation de la gestion paritaire des institutions collectives et communes

A. Point de la situation

Lors des débats sur la 1re révision de la LPP et sur la révision de la LSA, le législateur et les commissions parlementaires ont à plusieurs reprises manifesté leur volonté de réaliser concrètement la parité au niveau du conseil de fondation. C'est pourquoi la version révisée de l'art. 51, al. 1, LPP dit explicitement « dans l'organe *suprême*… ». Par conséquent, ce sont les partenaires sociaux (salariés et représentants des employeurs), et non plus l'entité fondatrice, qui doivent désormais prendre les décisions au niveau du conseil de fondation. Si la gestion des institutions de prévoyance doit être assumée par les partenaires sociaux, ce n'est pas uniquement parce que les milieux politiques l'ont voulu ainsi. C'est aussi parce que les institutions de prévoyance sont financées par les cotisations des partenaires sociaux. Par conséquent, il revient à ces derniers, et non pas à l'entité fondatrice, d'assumer la gestion des institutions de prévoyance.

Il appartient maintenant à l'OFAS de transposer la volonté du Parlement. Le présent bulletin précise quelles sont les institutions de prévoyance concernées par la nouvelle réglementation (let. B) et quelles sont, dans l'acte de fondation et dans les règlements, les dispositions autorisées à partir de maintenant et celles qui ne le sont plus (let. C).

B. Champ d'application

1. Institutions de prévoyance enregistrées

La nouvelle réglementation de l'art. 51 LPP s'applique à **toutes les institutions de prévoyance enregistrées**. C'est certes d'abord à l'intention des institutions collectives des compagnies d'assurance-vie que la nouvelle réglementation a été édictée. Mais l'art. 51 LPP ne fait de distinction ni selon le type d'institution de prévoyance ni selon l'entité fondatrice, raison pour laquelle la nouvelle réglementation s'applique à toutes les institutions de prévoyance enregistrées.

La modification ne concerne pas les sociétés coopératives, car leur pouvoir suprême, conformément à l'art. 879 CO, est l'assemblée générale. Celle-ci ne saurait avoir une composition paritaire, car de par la loi elle comprend tous les membres, c'est-à-dire les assurés.

2. Institutions de prévoyance non enregistrées

S'agissant des institutions de prévoyance **qui ne sont pas enregistrées**, ce n'est pas l'art. 51 LPP qui s'applique, mais toujours l'art. 89bis CC. Or ce dernier n'a pas subi de modification en ce qui concerne la gestion paritaire. Ces institutions ne sont donc pas concernées par la nouvelle réglementation.

C. Contenu de la nouvelle réglementation relative à la parité dans le conseil de fondation

1. Principe

Désormais, toutes les institutions de prévoyance seront gérées par les partenaires sociaux et non plus, comme cela a été le cas jusqu'à présent pour la majorité des fondations collectives, par l'entité fondatrice.

a. Nouveautés pour les fondations collectives

Selon la pratique en vigueur jusqu'ici, le conseil de fondation est désigné par l'entité fondatrice (compagnie d'assurance, banque, fiduciaire SA, etc.). Sa composition n'est donc pas paritaire ; la parité est réalisée au niveau des différentes caisses de pensions affiliées. Avec la révision, cette pratique ne peut plus être maintenue. Le conseil de fondation est impérativement composé de représentants des salariés et de l'employeur, qui ne peuvent pas être désignés par l'entité fondatrice. Ces représentants doivent être désignés selon une procédure définie dans les statuts ou dans le règlement.

b. Nouveautés pour les fondations communes

Dans ces fondations (principalement des institutions de prévoyance d'associations professionnelles), les conseils de fondations sont déjà composés paritairement à l'heure actuelle. Nous n'avons d'ailleurs pas connaissance de problèmes concernant la parité dans le cas des fondations communes. En règle générale, les représentants des employeurs sont désignés par l'entité fondatrice, tandis que les représentants des salariés sont souvent désignés par les associations de ces derniers.

A la différence des entités fondatrices de fondations collectives, qui n'ont en principe pas de relations avec les entreprises affiliées et poursuivent leurs propres intérêts (p.ex. ceux des actionnaires), il existe une relation étroite entre l'entité fondatrice d'une institution de prévoyance d'association professionnelle et les employeurs affiliés. Une association professionnelle a précisément pour but de défendre les intérêts de ses membres. Il n'y a donc pas d'objection à ce que les représentants des employeurs soient désignés par l'association de ces derniers ou par le comité directeur de ladite association. On peut considérer le comité directeur comme une « assemblée des délégués des employeurs » qui, à ce titre, désigne les représentants des employeurs (cf. art. 51, al. 3, LPP).

2. Procédure de désignation

Les institutions de prévoyance sont en principe libres de choisir la procédure de désignation, dans les limites des dispositions légales (art. 49, al. 1, en lien avec l'art. 51, al. 2 et 3, LPP). Les éléments de base suivants doivent toutefois être pris en compte :

a. Droit de désignation

Les représentants des salariés doivent être désignés par les salariés, et ceux des employeurs par les employeurs.

Les assurés désignent leurs représentants directement ou par l'intermédiaire de délégués (art. 51, al. 3, phrase 1, LPP). Par conséquent, les représentants peuvent être désignés par tous les assurés, par la commission de prévoyance élue au sein de l'entreprise, par les associations des partenaires sociaux (syndicats, associations d'employeurs) ou par d'autres délégués. Si, à cause de la structure de l'institution de prévoyance, une telle désignation n'est pas possible, spécialement dans les fondations collectives, l'autorité de surveillance peut admettre d'autres modes de représentation (art. 51, al. 3, phrase 2, LPP). Cette disposition d'exception répond aux besoins des grandes institutions d'associations professionnelles et des fondations collectives, auxquelles sont affiliés de nombreux employeurs disséminés sur tout le territoire suisse, et dans lesquelles une désignation ne peut pas avoir lieu pour des raisons d'organisation. Dans ce genre de cas, l'autorité de surveillance peut admettre que les assurés soient représentés d'une autre manière ou qu'il n'y ait pas d'élection. Mais il va de soi que le principe de la parité doit aussi être respecté.

b. Droit d'éligibilité

L'institution de prévoyance veille à ce que les salariés comme les employeurs puissent se faire élire au conseil de fondation. Le règlement peut limiter le droit d'éligibilité aux personnes qui sont représentées dans les commissions de prévoyance. Le règlement peut aussi élargir le cercle des personnes éligibles en autorisant la désignation de représentants externes (par ex. syndicats, organisations d'employeurs ; cf. ch. 3).

Le principe de la gestion paritaire n'est pas respecté si l'entité fondatrice ou un conseil de fondation non paritaire en place propose des personnes. Mais dès lors que la composition du conseil de fondation est paritaire, ce dernier peut proposer lui aussi des représentants des salariés ou des employeurs.

Quelle que soit l'option choisie, il faut veiller, dans la mesure du possible, à ce que toutes les catégories de salariés soient représentées (art. 51, al. 2, let. b, LPP).

Les particularités de la procédure de désignation doivent être précisées dans le règlement (art. 51, al. 2, LPP). L'OFAS publiera sur Internet les procédures de désignation qu'il a approuvées.

3. Représentation externe

Selon la pratique actuelle de l'OFAS, les salariés et les employeurs peuvent se faire représenter par des externes si les statuts ou le règlement le prévoient. Dans l'hypothèse où les employeurs peuvent se faire représenter par des externes, ce droit doit impérativement être accordé aussi aux salariés. Les salariés et les employeurs ont cependant en tout temps le droit de renoncer à la représentation externe et de faire valoir eux-mêmes leurs droits (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 48 du 21 décembre 1999, ch. marg. 280). L'art. 51 LPP n'a pas changé en ce qui concerne la représentation ex-

terne, c'est-à-dire qu'il ne contient pas de réglementation à ce sujet. L'OFAS part du principe que les représentants externes des salariés et des employeurs continuent d'être admis si les statuts ou le règlement le prévoient et si les représentants sont désignés selon la procédure définie.

4. Droits de veto de l'entité fondatrice

L'acte de fondation prévoit souvent que certains actes juridiques ne peuvent être passés qu'avec le consentement de l'entité fondatrice (modification de l'acte, déplacement du siège, fusion, etc.). De tels droits de veto en faveur de l'entité fondatrice sont incompatibles avec la parité et doivent être supprimés dans l'acte de fondation. Le conseil de fondation doit être libre de ses décisions et ne pas dépendre de la volonté d'externes. Il est cependant possible d'exiger dans les statuts la majorité qualifiée pour certains actes juridiques.

5. Différence entre fondations collectives (semi-) autonomes et fondations collectives ayant conclu un contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques

Dans le cas de fondations collectives **(semi-)autonomes**, ce sont les fondations et, du même coup, les assurés qui assument eux-mêmes le risque, intégralement ou partiellement. Conformément au principe de la parité, les partenaires sociaux doivent gérer seuls l'institution de prévoyance. Une représentation de l'entité fondatrice au sein de l'organe suprême, avec droit de vote, ne se justifie pas. Des représentants de l'entité fondatrice peuvent participer aux séances, mais uniquement à titre consultatif.

Dans le cas des institutions de prévoyance ayant conclu un **contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques**, la responsabilité des risques assurés et du placement de la fortune incombe exclusivement à l'assureur collectif concerné (= à l'entité fondatrice). La fondation collective elle-même et ses assurés n'assument aucun risque. L'OFAS estime donc qu'une représentation minoritaire de l'entité fondatrice avec droit de vote n'est pas contraire à la parité, si le principe de la parité est appliqué par ailleurs. Les statuts ou le règlement ne doivent pas contenir des dispositions qui conduiraient à ce que l'entité fondatrice jouisse, de facto, d'un droit de veto au conseil de fondation.

D. Suite des travaux

Se fondant sur ces prescriptions, toutes les institutions collectives et communes enregistrées doivent examiner si, pour réaliser la parité au niveau du conseil de fondation, une modification des statuts est nécessaire. Si tel est le cas, nous demandons à toutes les institutions concernées d'envoyer dès que possible, à l'OFAS (ou à l'autorité de surveillance cantonale compétente), pour examen préliminaire, un projet de nouveau statuts équivalant à un concept global. La date limite pour l'envoi est fin 2004, car la gestion paritaire devra être en place à cette date. Il y a bien sûr différentes manières d'appliquer le principe de la parité. Mais le principe de base – la gestion de l'institution de prévoyance par les partenaires sociaux – doit néanmoins être ancré par écrit.

Le présent bulletin n'éclaircit bien sûr pas tous les points concernant la nouvelle réglementation ; il soulève au contraire un grand nombre de problèmes. C'est pourquoi les institutions de prévoyance ont la possibilité d'envoyer leurs questions à l'adresse suivante : paritaet@bsv.admin.ch.

L'OFAS est convaincu que les institutions concernées ne verront pas dans cette innovation qu'une charge supplémentaire, mais qu'elles reconnaîtront également que ce changement peut permettre d'accroître la confiance des assurés dans leurs institutions ainsi que dans l'application de la prévoyance professionnelle.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

Art. 51 révLPP Gestion paritaire	**Art. 51 aLPP Gestion paritaire**
[1] Salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans l'organe suprême de l'institution de prévoyance.	[1] Salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans les organes de l'institution de prévoyance qui sont appelés à établir les dispositions réglementaires ou à statuer sur le financement de l'institution et sur l'administration de sa fortune.
[2] L'institution de prévoyance doit garantir le bon fonctionnement de la gestion paritaire. A cet effet, il y a lieu notamment de régler: a. La désignation des représentants des assurés; b. La représentation des différentes catégories de salariés en veillant à ce qu'elle soit équitable; c. La gestion paritaire de la fortune; d. La procédure à suivre en cas d'égalité des voix.	[2] L'institution de prévoyance doit garantir le bon fonctionnement de la gestion paritaire. A cet effet, il y a lieu notamment de régler: a. La désignation des représentants des assurés; b. La représentation des différentes catégories de salariés en veillant à ce qu'elle soit équitable; c. La gestion paritaire de la fortune; d. La procédure à suivre en cas d'égalité des voix.
[3] Les assurés désignent leurs représentants directement ou par l'intermédiaire de délégués. Si tel ne peut être le cas en raison de la structure de l'institution de prévoyance, notamment dans les institutions collectives, l'autorité de surveillance peut admettre un autre mode de représentation. La présidence de l'organe paritaire est assurée à tour de rôle par un représentant des salariés et un représentant de l'employeur. L'organe paritaire peut toutefois prévoir un autre mode d'attribution de la présidence.	[3] Les assurés désignent leurs représentants directement ou par l'intermédiaire de délégués. Si tel ne peut être le cas en raison de la structure de l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance peut admettre un autre mode de représentation.
[4] Si la procédure à suivre en cas d'égalité des voix n'est pas encore réglée, le différend sera tranché par un arbitre neutre, désigné d'un commun accord. A défaut d'entente sur la personne de l'arbitre, celui-ci sera désigné par l'autorité de surveillance	[4] Si la procédure à suivre en cas d'égalité des voix n'est pas encore réglée, le différend sera tranché par un arbitre neutre, désigné d'un commun accord. A défaut d'entente sur la personne de l'arbitre, celui-ci sera désigné par l'autorité de surveillance.
[5] Lorsque les dispositions d'une institution de prévoyance sont édictées par la Confédération, le canton ou la commune, conformément à l'art. 50, al. 2, l'organe paritaire sera consulté préalablement.	[5] Lorsque les dispositions d'une institution de prévoyance sont édictées par la Confédération, le canton ou la commune, conformément à l'art. 50, al. 2, l'organe paritaire sera consulté préalablement.
[6] L'institution de prévoyance doit garantir la formation initiale et continue des représentants des salariés et de l'employeur dans l'organe paritaire suprême, de façon qu'ils puissent assumer pleinement leurs tâches de direction.	
[7] L'institution de prévoyance peut être tenue par le membre de son organe paritaire suprême de verser une indemnité équitable pour la participation à des séances et à des cours de formation.	

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 78

9 décembre 2004

Table des matières

Indications

458 Fixation du taux d'intérêt minimal dans la prévoyance professionnelle : modification de l'OPP 2

459 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2005

460 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1er janvier 2005

461 Prévoyance professionnelle : adaptation des montants-limites

462 Mesures d'assainissement dans la prévoyance professionnelle

Prise de position de l'OFAS

463 Versement en espèces de la prestation de sortie lors du départ définitif de la Suisse

Jurisprudence

464 Rente d'invalidité viagère

465 Encouragement à la propriété du logement - délai de 3 ans

466 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP et gestion paritaire

467 Pouvoir d'appréciation des autorités de surveillance LPP

468 Indépendance de l'expert

Erratum

Annexe

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Tableau synoptique

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

458 Fixation du taux d'intérêt minimal dans la prévoyance professionnelle: modification de l'OPP 2

Prévoyance professionnelle : le Conseil fédéral relève à 2,5 % le taux d'intérêt minimal

Le Conseil fédéral a décidé de relever le taux d'intérêt minimal de la prévoyance professionnelle : le 1er janvier 2005, ce taux passera de 2,25 % à 2,5 %. Il tient ainsi compte, d'une part, du redressement des marchés financiers en 2003 et, de l'autre, de la situation financière des institutions de prévoyance, qui reste tendue. Le taux d'intérêt minimal doit être appliqué aux avoirs de vieillesse relevant du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle.

Le Conseil fédéral a d'un côté tenu compte de l'évolution des marchés financiers. Le taux d'intérêt au comptant des obligations à dix ans de la Confédération a été en moyenne de 2,9 % d'avril à juin 2004. Par ailleurs, les possibilités de rendement d'autres placements usuels du marché, qui ont connu une évolution positive surtout en 2003, ont aussi été prises en compte. Cette même année, la performance de l'indice Pictet LPP 93 a été de 7 % environ. Mais durant les six premiers mois de l'année en cours, la hausse n'a été que de 1,2 % environ.

D'un autre côté, la situation financière des institutions de prévoyance continue à être tendue. Bien qu'elle se soit améliorée en 2003, cela n'a pas suffi à compenser l'évolution des années précédentes. De nombreuses caisses n'ont pas encore résolu leurs problèmes de découverts. Complementa Investment Controlling SA effectue chaque année une enquête, en collaboration avec AWP Sécurité sociale. Selon cette étude, 20,4 % des institutions de prévoyance de droit privé étaient en découvert à la fin de l'année 2003. Des recherches effectuées par l'Office fédéral des assurances sociales ont abouti à des résultats comparables. Certes, selon une étude de Swissca, le taux de couverture moyen a passé de 100 % à la fin de l'année 2002 à 104 % à la fin de l'année suivante. Mais pour être en mesure de faire face aux fluctuations des marchés financiers, les institutions qui ont un tel taux de couverture doivent impérativement constituer des réserves.

Lors de sa séance du 13 mai 2004, la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle a décidé, par 8 voix contre 6, à titre de proposition principale, de recommander au Conseil fédéral de maintenir le taux d'intérêt minimal à un niveau inchangé de 2,25 %. Pour justifier sa position, elle a invoqué la situation financière de nombreuses institutions de prévoyance, qui reste tendue. Il fallait aussi que les caisses puissent constituer des réserves. La Commission a fait par ailleurs une proposition subsidiaire recommandant qu'en cas de modification du taux d'intérêt minimal, un plafond de 2,5 % ne soit pas dépassé.

Les partenaires sociaux et les Commissions de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national et du Conseil des Etats ont pris des positions différentes lorsqu'ils ont été consultés sur la proposition de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle. Ils ont proposé des taux allant de 2,25 à 2,75 %.

Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
(OPP 2)

(Version inofficielle)

Modification du 1er septembre 2004

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[1] est modifiée comme suit:

Art. 12, let. b à d

L'avoir de vieillesse sera crédité d'un intérêt:

b. *ne concerne que les textes allemand et italien;*

c. pour la période à partir du 1er janvier 2004 jusqu'au 31 décembre 2004: d'au moins 2,25 %;

d. pour la période à partir du 1er janvier 2005: d'au moins 2,5 %.

II

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2005.

1er septembre 2004 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

[1] RS **831.441.1**

Commentaires relatifs à la modification de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)[2]

1. Considérations générales

1.1 Rappel des faits

Conformément à l'art. 12a OPP 2, le taux d'intérêt minimal est examiné au moins tous les deux ans. Le Conseil fédéral avait décidé, le 10 septembre 2003, de fixer à 2,25 % le taux valable à partir du 1er janvier 2004. En même temps, il avait annoncé qu'il le réexaminerait en 2004 en raison des fortes fluctuations des marchés financiers.

L'art. 12a OPP 2 oblige à examiner le taux en tenant compte :

a. de l'évolution du taux d'intérêt des obligations de la Confédération ;

b. des possibilités de rendements des autres placements usuels du marché.

Pour ce réexamen, les conclusions du rapport de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) prévu par l'art. 44a OPP 2 (situation financière des institutions de prévoyance) sont prises en considération.

Conformément à l'art. 12a, al. 3, OPP 2, l'OFAS a invité la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle (Commission fédérale LPP) à donner son avis. A sa séance du 13 mai 2004, celle-ci a décidé à une majorité de 8 voix contre 6 de recommander au Conseil fédéral, au titre de proposition principale, de maintenir le taux d'intérêt minimal actuel de 2,25 % pour l'année 2005. Dans le cadre d'une proposition subsidiaire, au cas où une adaptation était effectuée, la Commission a décidé, à une majorité de 10 voix contre 4, de recommander un taux de 2,5 % au maximum.

1.2 Procédure de fixation

Le taux d'intérêt minimal détermine la participation minimale des assurés au rendement de la fortune de l'institution de prévoyance au titre de leurs avoirs dans le domaine obligatoire.

Le taux d'intérêt minimal constitue en engagement en matière de prestations ; il dépend de l'évolution des marchés, étant entendu que le niveau de risque encouru influence le rendement à long terme. Il détermine par conséquent les risques que les institutions de prévoyance doivent accepter pour atteindre le rendement correspondant. Il devrait aussi pouvoir être atteint par celles qui n'ont pas une capacité de risque très élevée au sens de l'art. 50 OPP 2, situation dans laquelle beaucoup d'entre elles se trouvent actuellement. Pour garantir la sécurité dans la prévoyance obligatoire, il est nécessaire de fixer un taux qui puisse être atteint avec un portefeuille à faible risque. Chaque institution de prévoyance assume ses responsabilités en la matière ; elle doit optimiser sa stratégie de

[2] RS **831.441.1**

placement selon sa capacité de risque et les principes de la répartition des risques, le taux d'intérêt minimal représentant une exigence de performance minimale à réaliser.

Le taux d'intérêt au comptant des obligations de la Confédération à dix ans a augmenté en 2003, passant de 2,40 % à 2,78 %[3] ; du milieu de l'année 2003 au milieu de l'année 2004, il est passé de 2,61 % à 3,04 %. Dans l'ensemble, l'évolution des marchés financiers a été favorable en 2003. L'indice Pictet LPP 93, avec environ 25 % d'actions, a augmenté de près de 7 %. L'indice CSAM des caisses de pension suisses (qui repose sur les institutions de prévoyance ayant conclu un contrat de *global custody* auprès de Crédit-Suisse) indique un rendement annuel de 9,25 %. Sur la base de ces chiffres et surtout sur la base de l'évolution des obligations de la Confédération, il est judicieux de relever le taux d'intérêt minimal (voir les dispositions de l'art. 12a OPP 2), même si l'indice Pictet LPP 93 n'a augmenté que de 1,24 % durant le premier semestre 2004.

D'un autre côté, la situation financière de nombreuses institutions de prévoyance reste tendue. Bien qu'elle se soit améliorée en 2003, cela n'a pas suffi à compenser les pertes de l'année précédente. Par exemple, vu le taux d'intérêt exigé, il aurait fallu atteindre une performance globale de 16,14 % entre le début de l'année 2000 et fin 2003. Avec un indice Pictet LPP 93, qui représente un portefeuille défensif, cette performance a été de 5,94 % durant cette période, ce qui est insuffisant. De nombreuses caisses sont certainement encore concernées par le problème du découvert, notamment la majorité de celles qui présentaient fin 2002 un taux de couverture inférieur à 95 %[4], soit plus de 60 % d'entre elles[5]. Selon la dernière étude Swissca, le taux de couverture moyen selon l'OPP 2 a augmenté entre fin 2002 (100 %) et fin 2003 (104 %)[6]. Avec un taux de découvert moyen de cet ordre, la capacité de risque reste très limitée. Il est donc indispensable de constituer des réserves de fluctuation, ce qu'il faut encourager par un taux d'intérêt minimal prudent. En outre, avec un taux d'inflation estimé à 0,6 % pour 2004 et à 1 % pour 2005, le taux d'intérêt réel reste relativement haut[7]. Par ailleurs, le Parlement a décidé que, étant donné les mesures d'assainissement, les caisses en découvert ne devaient pas descendre à plus de 0,5 % au-dessous du taux d'intérêt minimal et ce seulement dans des conditions très restrictives. Tous ces éléments justifient un relèvement prudent du taux. **Par conséquent, le Conseil fédéral fixe à 2,5 % le taux d'intérêt minimal valable à partir du 1er janvier 2005.**

Dans le cadre de la consultation des partenaires sociaux, les quatre associations patronales se sont prononcées en faveur du maintien du taux d'intérêt minimal à 2,25 %. Par contre, les associations de travailleurs (Travail.Suisse et l'Union syndicale suisse) plaident pour un taux de 2,75 % ; elles se basent pour cela sur la procédure mise au point l'année dernière par la Commission fédérale LPP[8], avec une réduction de 0,5 % pour prendre en compte la situation financière tendue des institutions de prévoyance. La majo-

[3] L'augmentation des taux d'intérêt et la baisse des cours correspondante a visiblement pu être compensée par les rendements des obligations ; selon l'indice Pictet LPP 93, le domaine des obligations suisses en CHF a atteint en 2003 (avec une pondération de 56,22%) un rendement de 2,1 %. Une légère perte (0,1 %) a été observée entre le 31 décembre 2003 et le 30 juin 2004.
[4] Sur la base d'une performance de 7,25 %. Selon l'indice Pictet LPP 93 (qui indiquait une performance de près de 7 %, la part des actions étant de 25 %).
[5] Fin 2002, 29,2 % des institutions de prévoyance enregistrées sans garantie étatique et sans les institutions collectives étaient en découvert ; parmi elles, 38,3 % avaient une couverture supérieure à 95 %.
[6] http://www.swissca-cp-enquete.ch/
[7] http://www.seco.admin.ch/imperia/md/content/news/medienmitteilungen/konjunktur/pm_konjunkturprognosen_medienrohstoff_d.pdf
[8] Voir le rapport du sous-comité Questions de placement sous : http://bsvroh.root.admin.ch/aktuell/presse/2003/f/03052804.pdf ; propositions A1 et A2.

rité de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats recommande un taux de 2,5 %, celle de la commission équivalente du Conseil national un taux de 2,75 %. Les résultats de la consultation s'écartent du mode de calcul utilisé l'an dernier par la Commission fédérale LPP, qui donnerait respectivement 3,25 % et 3,5 %[9]. L'idée d'employer toujours la même méthode de calcul est donc abandonnée.

2. Commentaires relatifs à la modification de l'art. 12 OPP 2

L'art. 12, let. d, OPP 2 établit que, dès le 1er janvier 2005, le taux d'intérêt minimal LPP s'élèvera à 2,50 %. Comme il ne peut pas y avoir d'effet rétroactif, les intérêts crédités jusqu'à cette date ne seront pas affectés par la modification de l'ordonnance.

L'adaptation de l'article 12 let. b, OPP 2 en allemand est d'ordre rédactionnel.

La modification relative au taux d'intérêt minimal au sens de l'art. 12 OPP 2 a des conséquences sur d'autres dispositions d'ordonnances :

En vertu de l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance sur le libre passage (OLP)[10], le taux d'intérêt selon l'art. 17, al. 1 et 4, de la loi sur le libre passage (LFLP)[11] correspond au taux d'intérêt minimal. Le nouveau taux n'est valable que pour la rémunération à partir du 1er janvier 2005 ; la rémunération des années précédentes doit se faire, selon l'art. 12, let. a, b et c, OPP 2, en fonction des périodes considérées.

En vertu de l'art. 7 OLP valable à partir du 1er janvier 2005, le taux d'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal augmenté de 1 % ; quant aux prestations de sortie échues, elles sont créditées d'un taux de 3,5 %.

L'art. 8a OLP, qui s'applique au taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce, impose également un taux d'intérêt correspondant au taux d'intérêt minimal fixé à l'art. 12 OPP 2 applicable durant cette période.

En ce qui concerne le taux d'intérêt minimal, les modifications suivantes entreront en vigueur au 1er janvier 2005 : l'art. 15 LPP règlera désormais les paramètres servant à fixer le taux. Ceux-ci remplaceront les prescriptions formulées dans les art. 12a et 12b OPP 2, qui sont supprimés. A l'avenir, la situation financière des institutions de prévoyance ne sera plus prise en considération.

Par leur décision finale du 18 juin 2004, les deux Chambres ont approuvé les mesures destinées à résorber les découverts. Les dispositions légales correspondantes devraient entrer en vigueur au 1er janvier 2005. En vertu de l'art. 65d, al 4, LPP, si les contributions d'assainissement des employeurs, des employés et des rentiers selon l'art. 65d, al. 3, let. a et b, LPP s'avèrent insuffisantes, le taux d'intérêt minimal peut être inférieur de 0,5 % au maximum pendant toute la durée du découvert, mais au maximum pendant cinq ans.

[9] Avec les chiffres de fin mai 2004 et de fin juin 2004. Finalement, l'année dernière, c'est la proposition A1 qui a été recommandée (voir note 7).
[10] RS 831.425
[11] RS 831.42

459 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'an 2005

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2005 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de 0,07% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations. Tandis que le taux de contributions pour le financement des subsides va à nouveau, après 2003, augmenter de 0.01% en 2005 et passer ainsi à 0.07%, le taux de 0.03% pour le financement des prestations d'insolvabilité et autres prestations représente une baisse de 0.01% pour cette catégorie de contributions et se retrouve ainsi au même niveau qu'entre 2000 et 2002.

460 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1er janvier 2005

Au 1er janvier 2005, les rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire en cours seront adaptées à l'évolution des prix. Le taux d'adaptation est de 1,9 % pour les rentes qui ont pris naissance en 2001, de 0,9 % pour celles qui ont pris naissance en 2000 et de 1,4 % pour les rentes antérieures à 2000.

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime de la prévoyance professionnelle obligatoire doivent être périodiquement adaptées à l'évolution de l'indice des prix à la consommation, selon la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). L'Office fédéral des assurances sociales est chargé de calculer et de publier le taux d'adaptation correspondant à l'augmentation de l'indice.

Ces rentes de survivants et d'invalidité en cours doivent être adaptées pour la première fois après trois ans, puis subséquemment en même temps que celles des rentes de l'AVS, soit, en règle générale, tous les deux ans.

Dès le 1er janvier 2005, les rentes obligatoires de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance en 2001 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation est calculé sur la base des indices des prix à la consommation de 103,3 en septembre 2004 (base mai 2000=100) et de 101,4 en septembre 2001.

Pour les adaptations dites subséquentes des rentes nées avant 2001, il est tenu compte de l'indice des prix à la consommation du mois de septembre de l'année précédant la dernière adaptation et de celui de septembre 2004. Les rentes nées à partir de 2002 ne seront pas adaptées.

Par conséquent, le 1er janvier 2005, les rentes de survivants et d'invalidité de la LPP seront adaptées comme suit :

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation au 1.1.2005
1985 – 1999	1.1.2003	**1,4 %**
2000	1.1.2004	**0,9 %**
2001	-	**1,9 %**
2002 - 2004	-	**0,0 %**

Aussi longtemps que le montant des rentes dépasse le minimum légal prescrit par la LPP, leur adaptation à l'évolution des prix n'est pas obligatoire. Comme les rentes de

vieillesse de la LPP, elles sont adaptées à l'évolution des prix sur la base d'une décision de l'organe paritaire de l'institution de prévoyance, qui doit justifier celle-ci dans ses comptes annuels ou dans le rapport annuel.

Cependant, dès le 1er janvier 2005, l'âge de la retraite ordinaire des femmes passe à 64 ans (article 62a OPP 2). Par conséquent, les rentes de survivants et d'invalidité pour les femmes devront être adaptées jusqu'à cet âge.

461 Prévoyance professionnelle : adaptation des montants-limites

Le Conseil fédéral, qui a déjà décidé d'adapter les rentes de vieillesse de l'AVS à l'évolution des salaires et des prix, a aussi adopté de nouveaux montants-limites dans la prévoyance professionnelle, valables à partir du 1er janvier 2005. Les montants-limites servent essentiellement à fixer le seuil à partir duquel il y a assujettissement au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, ainsi que le montant du salaire assuré (« salaire coordonné »).

Le Conseil fédéral a, en vertu de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), la compétence d'adapter les montants-limites de la prévoyance professionnelle aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS. Cette dernière passera, au 1er janvier 2005, de 1055 à 1075 francs. La déduction de coordination est relevée pour tenir compte du renchérissement, bien que son montant passe de 25 320 à 22 575 francs, compte tenu des innovations de la 1re révision LPP. La baisse constitue donc un événement unique, découlant de la révision de la loi. Par contre, le montant de la déduction fiscale maximale autorisée dans le cadre de la prévoyance personnelle liée (pilier 3a) est relevé (il passe à 6192 francs ou 30 960 francs). La révision LPP crée par ailleurs un seuil d'entrée distinct de la déduction de coordination, qui se monte à 19 350 francs. Les salariés dont le revenu annuel soumis à l'AVS atteint ce seuil sont obligatoirement affiliés au 2e pilier.

Les montants-limites sont fixés de la manière suivante:

Pour la prévoyance professionnelle obligatoire

	montants actuels	montants 2004 selon 1re révision LPP	**nouveaux montants**
- Salaire annuel minimal	**25 320 fr.**	**18 990 fr.**	**19 350 fr.**
- Déduction de coordination	**25 320 fr.**	**22 155 fr.**	**22 575 fr.**
- Limite supérieure du salaire annuel	**75 960 fr.**	**75 960 fr.**	**77 400 fr.**
- Salaire coordonné maximal	**50 640 fr.**	**53 805 fr.**	**54 825 fr.**
- Salaire coordonné minimal	**3165 fr.**	**3165 fr.**	**3225 fr.**

Pour la prévoyance individuelle liée du pilier 3a

Déduction fiscale maximale autorisée pour les cotisations aux formes reconnues de prévoyance:

	montants actuels	**nouveaux montants**
- avec affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier	**6077 fr.**	**6192 fr.**
- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier	**30 384 fr.**	**30 960 fr.**

Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage

L'assurance chômage se base sur un régime d'indemnités journalières. Pour cette raison, les montants-limites prévus pour les chômeurs obligatoirement soumis au 2e pilier seront convertis en montants journaliers.

	montants actuels	montants 2004 selon 1re révision LPP	**nouveaux montants**
- Salaire journalier minimal	**97,25 fr.**	**72,95 fr.**	**74,30 fr.**
- Déduction de coordination journalière	**97,25 fr.**	**85,10 fr.**	**86,70 fr.**
- Limite supérieure du salaire journalier	**291,70 fr.**	**291,70 fr.**	**297,25 fr.**
- Salaire journalier assuré maximal	**194,45 fr.**	**206,60 fr.**	**210,55 fr.**
- Salaire journalier assuré minimal	**12,15 fr.**	**12,15 fr.**	**12,40 fr.**

Prestations assurées par le fonds de garantie

Le fonds de garantie assure également les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Mais cette garantie visée par la LPP couvre au plus les prestations calculées sur la base d'un salaire déterminant AVS qui ne doit toutefois pas dépasser une fois et demie la limite supérieure du salaire annuel fixée à 77'400 francs.

	montant actuel	**nouveau montant**
- Limite du salaire maximal	**113 940 fr.**	**116 100 fr.**

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

(Version inofficielle)

Modification du 27 octobre 2004

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984[12] sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité est modifiée comme suit:

Art. 3a al. 1[13]

1 Pour les personnes qui sont assurées obligatoirement selon l'art. 2 LPP et qui perçoivent d'un même employeur un salaire AVS supérieur à 19 350 francs, un montant de 3 225 francs au moins doit être assuré.

Art. 5 Adaptation à l'AVS

Les montants-limites fixés aux articles 2, 7, 8 et 46 LPP sont adaptés comme suit:

Anciens montants	Montants 2004 selon la 1ère révision LPP[14]	Nouveaux montants
Francs	Francs	Francs
25 320	18 990	19 350
25 320	22 155	22 575
75 960	75 960	77 400
3 165	3 165	3 225

…….

IV

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2005.

12 RS **831.441.1**
13 Modification de la teneur du 1er juillet 2004 (RO **2004** 4279)
14 conformément à la 1ère révision de la LPP du 3 oct. 2003 (RO **2004** 1677)

Commentaire

Adaptation des montants-limites LPP à l'AVS

L'Assemblée fédérale a adopté la 1re révision de la LPP en date du 3 octobre 2003[15.] Le Parlement a décidé de maintenir une déduction de coordination fixe quel que soit le montant du salaire, ainsi qu'un seuil d'entrée qui permette d'élargir le cercle des personnes qui doivent être assurées à la LPP. Le nouveau montant de la déduction de coordination correspond aux 7/8 de la déduction de coordination actuelle qui est la rente de vieillesse maximale de l'AVS, tandis que le nouveau seuil d'entrée est abaissé aux 3/4 de la déduction de coordination actuelle. La nouveauté est donc que les montants de la déduction de coordination et du seuil d'entrée ne sont plus identiques. La révision a repris la limite supérieure du salaire assuré, telle que prévue par le droit actuel. Le Parlement s'est basé sur les montants actuels des art. 2, 7, 8 et 46 LPP. Le 24 mars 2004, le Conseil fédéral a fixé au 1er janvier 2005 la date d'entrée en vigueur de cette révision.

L'article 9 LPP donne au Conseil fédéral la compétence d'adapter les montants-limites fixés aux articles 2, 7, 8 et 46 LPP aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS. Il n'impose néanmoins pas une adaptation automatique. Le Conseil fédéral a la compétence de déterminer la nécessité de procéder à une adaptation correspondante. En ce qui concerne la limite supérieure du salaire coordonné, l'article 9 LPP octroie en outre une compétence encore plus étendue, en ce sens que le Conseil fédéral peut tenir compte de l'évolution générale des salaires et non pas se rapporter uniquement à l'évolution de la rente AVS qui, depuis la 9e révision de l'AVS, est adaptée selon un indice mixte résultant de la moyenne entre l'indice des salaires et celui des prix à la consommation (art. 33ter LAVS).

Etant donné que le Conseil fédéral a décidé de porter la rente minimale de vieillesse de l'AVS de 1'055 francs à 1'075 francs à partir du 1er janvier 2005, il s'agit de tenir compte de cette augmentation dans la prévoyance professionnelle et d'adapter les montants-limites en conséquence.

Modification de l'OPP 2

Article 3a et 5 : Adaptation des montants-limites

Les montants-limites de la prévoyance professionnelle fixés lors de la 1ère révision de la LPP sont mentionnés à l'art. 3a, al. 1, OPP 2 (cette disposition a été adoptée dans le cadre du 2ème paquet d'ordonnances[16] de la 1ère révision LPP[17] et n'est donc pas encore en vigueur) et à l'art. 5 OPP 2. Ces montants, qui ne sont pas encore en vigueur, doivent être adaptés à l'augmentation de la rente minimale de vieillesse de l'AVS.

Le taux de remplacement pour les travailleurs soumis à la prévoyance obligatoire LPP se situe à environ 58 %. Pour les travailleurs non soumis à la LPP, le taux de remplacement par l'AVS uniquement est supérieur.

---

15 RO **2004** 1677
16 RO **2004** 4279
17 RO **2004** 1677

La problématique des travailleurs étant soumis en 2004 à la LPP et risquant d'être exclus de l'assurance obligatoire en 2005 ne se pose exceptionnellement pas cette fois-ci. En effet, la 1ère révision LPP élargit le cercle des personnes affiliées à la LPP avec l'introduction d'un seuil d'entrée correspondant à ¾ de la déduction de coordination actuelle, soit ¾ de la rente de vieillesse maximale de l'AVS. L'abaissement du seuil d'entrée est plus importante que l'augmentation des montants-limites.

En ce qui concerne la limite supérieure du salaire obligatoirement assuré selon la LPP, il faut examiner si l'adaptation doit suivre l'indice mixte de l'AVS ou l'évolution générale des salaires.

Etant donné que depuis la dernière adaptation des montants-limites, l'augmentation générale des salaires et de l'indice mixte ont progressé pratiquement dans la même proportion, il n'est donc pas nécessaire de procéder à un tel examen.

462 Mesures d'assainissement dans la prévoyance professionnelle

Les nouvelles dispositions légales relatives aux mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle s'appliqueront dès le 1er janvier 2005.
Le Conseil fédéral a en effet décidé que la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) concernant ces mesures entrerait en vigueur à cette date. Les modifications des ordonnances d'application et des directives destinées aux autorités de surveillance seront mises en vigueur en même temps. Les institutions de prévoyance disposeront ainsi de moyens efficaces pour résorber leurs découverts :

- **Cotisations d'assainissement :** les institutions de prévoyance peuvent prélever auprès de l'employeur et des salariés des cotisations (à fonds perdu) destinées à résorber le découvert tant que dure ce dernier. Ces cotisations restent acquises à la caisse de pension même lorsqu'un salarié quitte l'entreprise.
- Le versement d'une **cotisation d'assainissement** peut aussi être exigé de la part des **personnes qui perçoivent des rentes,** mais seulement si des conditions très restrictives sont remplies. Il faut notamment que les rentes aient été majorées librement au cours des dix ans qui ont précédé la mesure. Les rentes de départ, y compris les augmentations légales décidées depuis, ne peuvent toutefois pas être réduites.
- **Réduction du taux d'intérêt :** aussi longtemps qu'il existe un découvert, l'institution de prévoyance peut rémunérer l'avoir de vieillesse LPP à un taux d'intérêt jusqu'à 0,5 % inférieur au taux minimal LPP (ce taux s'élève actuellement à 2,25 % et s'élèvera à 2,5 % à partir du 1er janvier 2005), si le prélèvement de cotisations d'assainissement ne suffit pas.
- **Suspension du versement anticipé :** lorsqu'il existe un découvert, l'institution de prévoyance peut limiter dans le temps les versements anticipés de fonds de la prévoyance professionnelle destinés à l'encouragement de la propriété du logement. Elle peut aussi limiter le montant de ces versements. Mais ces limitations ne sont autorisées qu'en cas de remboursement de prêts hypothécaires.

- **Contributions de l'employeur fiscalement déductibles,** destinées à assainir l'institution de prévoyance : l'employeur peut déposer des fonds, jusqu'à hauteur du découvert, sur un compte de réserves de cotisations d'employeur, pour autant que le versement de ces fonds permette d'éviter de prendre d'autres mesures en vue de résorber le découvert.

Pour qu'une institution de prévoyance présentant un découvert puisse prendre ce genre de mesures, celles-ci doivent être explicitement prévues dans le règlement de l'institution. Les autorités de surveillance cantonales et fédérale (dans le cas des institutions de prévoyance actives dans toute la Suisse) examinent si ces règlements sont conformes au droit

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

(Version inofficielle)

Modification du 27 octobre 2004

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984[18] sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité est modifiée comme suit:

…

Art. 27g, titre et al. 1 et 1bis

Droit à des fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale
(art. 53d, al. 1, LPP et art. 23, al. 1, LFLP)

1 Lors d'une liquidation partielle ou totale, il existe un droit individuel à une part des fonds libres en cas de sortie individuelle; en cas de sortie collective, ce droit peut être individuel ou collectif.

1bis Pour le calcul des fonds libres, l'institution de prévoyance doit se baser sur un bilan commercial et technique avec des commentaires décrivant clairement la situation financière effective.

Art. 27h, al. 1, 1re phrase

1 Lorsque plusieurs assurés passent ensemble en tant que groupe dans une autre institution de prévoyance (sortie collective), un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation au sens de l'art. 48*e* s'ajoute au droit de participation aux fonds libres, dans la mesure où les risques actuariels et les risques liés aux placements sont également transférés …

Art. 35a Tâches particulières en cas de découvert d'une institution de prévoyance
(art. 53, al. 1, LPP)

1 En cas de découvert, l'organe de contrôle vérifie au plus tard lors de son examen ordinaire si le découvert a été annoncé à l'autorité de surveillance conformément à l'art. 44. Si ce n'était pas le cas, l'organe de contrôle rédige immédiatement un rapport à l'attention de l'autorité de surveillance.

2 Dans son rapport annuel, l'organe de contrôle indique notamment:

a. si les placements concordent avec la capacité de risque de l'institution de prévoyance en découvert et si les art. 49*a*, 50 et 59 sont respectés. Les indications relatives aux placements auprès de l'employeur doivent être mises en évidence;

b. si les mesures destinées à résorber le découvert ont été décidées par l'organe compétent avec l'avis de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, si elles ont été mises en œuvre dans le cadre des dispositions légales et du concept de mesures, et si les obligations en matière d'information ont été respectées;

c. si l'efficacité des mesures destinées à résorber le découvert a été surveillée et si ces mesures ont été adaptées à l'évolution de la situation.

3 Il signale à l'organe paritaire suprême les manquements constatés au niveau du concept de mesures.

Art. 41a Tâches particulières en cas de découvert d'une institution de prévoyance
(art. 53, al. 2, LPP)

1 En cas de découvert, l'expert établit chaque année un rapport actuariel.

18 RS **831.441.1**

[2] L'expert indique notamment dans ce rapport si les mesures prises par l'organe compétent pour résorber le découvert correspondent aux conditions énoncées à l'art. 65d LPP et dans quelle mesure elles ont été efficaces.

[3] Il rédige un rapport à l'attention de l'autorité de surveillance si une institution de prévoyance ne prend pas de mesures ou prend des mesures insuffisantes pour résorber le découvert.

Art. 44 Découvert
(art. 65, 65*c*, 65*d*, al. 4, LPP)

[1] Un découvert existe lorsqu'à la date de référence du bilan le capital actuariel de prévoyance nécessaire calculé par l'expert en prévoyance professionnelle selon des principes reconnus n'est pas couvert par la fortune de prévoyance disponible. Les détails concernant le calcul du découvert figurent dans l'annexe.

[2] L'institution de prévoyance doit informer de manière appropriée l'autorité de surveillance, l'employeur, les assurés et les bénéficiaires de rentes:

a. de l'existence d'un découvert, notamment de son importance et de ses causes. L'annonce à l'autorité de surveillance doit être faite au plus tard lorsque le découvert au sens de l'annexe est établi sur la base des comptes annuels;

b. des mesures prises afin de résorber le découvert et du délai dans lequel elle prévoit que le découvert pourra être résorbé;

c. et de l'application du concept de mesures et de l'efficacité des mesures appliquées. Cette information doit être fournie périodiquement.

[3] Lorsque la rémunération est inférieure au taux minimal en application de l'art. 65*d*, al. 4, LPP, l'institution de prévoyance doit indiquer par ailleurs que les mesures prévues à l'art. 65*d*, al. 3, let. a et b, LPP sont insuffisantes pour résorber le découvert.

Art. 44a Réserves de cotisations d'employeur avec renonciation à leur utilisation en cas de découvert
(art. 65e, al. 3, LPP)

[1] Lorsque le découvert a été entièrement résorbé, la réserve de cotisations d'employeur incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation (RCE incluant une déclaration de renonciation) doit être dissoute et transférée à la réserve ordinaire de cotisations d'employeur. Une dissolution partielle anticipée n'est pas possible.

[2] L'expert indique si la dissolution de la RCE incluant une déclaration de renonciation est admissible et le confirme à l'autorité de surveillance.

[3] Après le transfert de la RCE incluant une déclaration de renonciation conformément à l'al. 1, les réserves ordinaires de cotisations d'employeur doivent être imputées en permanence aux créances de cotisations ou à d'autres créances de l'institution de prévoyance envers l'employeur, jusqu'à ce qu'elles atteignent le niveau d'avant l'apport ou le quintuple des contributions annuelles de l'employeur. Les prestations volontaires de l'employeur au bénéfice de l'institution de prévoyance doivent aussi être prélevées sur ces réserves jusqu'à la limite précitée.

[4] S'il existe une RCE incluant une déclaration de renonciation, l'expert calcule deux taux de couverture, l'un en imputant cette réserve à la fortune disponible, l'autre sans l'imputer.

Art. 44b Utilisation, en cas de liquidation partielle ou totale, des réserves de cotisations d'employeur incluant une déclaration de renonciation
(art. 65e, al. 3, let. b, LPP)

[1] En cas de liquidation totale de l'institution de prévoyance, la RCE incluant une déclaration de renonciation est dissoute au profit de l'institution de prévoyance.

[2] En cas de liquidation partielle de l'institution de prévoyance en découvert, la RCE incluant une déclaration de renonciation doit être dissoute au profit des ayants droit dans la mesure où elle relève du capital de prévoyance non couvert à transférer.

Art. 44c

Actuel art. 44a

II

La nouvelle formulation de l'annexe est jointe ci-après.

III

Modification du droit en vigueur

La modification du droit en vigueur est réglée en annexe.

IV

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2005.

Annexe
(art. 44, al. 1)

Calcul du découvert

1 Le degré de couverture de l'institution de prévoyance est calculé comme suit:

$$\frac{Fp \times 100}{Cp} = \text{degré de couverture en pour-cent}$$

Où Fp est égal à:	l'ensemble des actifs à la date du bilan et à la valeur du marché, diminués des engagements, des passifs de régularisation et des réserves de cotisations de l'employeur, pour autant qu'aucun accord sur une renonciation à leur utilisation par l'employeur n'a été conclu. La fortune de prévoyance effective est déterminante, ainsi qu'il ressort de la situation financière réelle au sens de l'art. 47, al. 2. Une réserve de cotisations d'employeur incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation (RCE incluant une déclaration de renonciation) et les réserves de fluctuations de valeur doivent être ajoutées à la fortune de prévoyance disponible.
Où Cp est égal au:	capital de prévoyance actuariel nécessaire à la date du bilan (capital d'épargne et capital de couverture), y compris les renforcements nécessaires (p. ex. au titre de l'augmentation de l'espérance de vie).

2 Si le degré de couverture calculé ainsi est inférieur à 100 %, il existe un découvert au sens de l'art. 44, al. 1.

Annexe
(chiffre III)

Modification du droit en vigueur

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI)[19]

Art. 15d Rente de la prévoyance professionnelle en cas de découvert

Lorsqu'en vertu de l'art. 65d, al. 3, let. b, de la loi fédérale du 25 juin 1982[47a] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, une contribution destinée à résorber un découvert est prélevée auprès des bénéficiaires de rente, la rente diminuée du montant de la contribution est prise en compte à titre de revenu pour le calcul de la prestation complémentaire annuelle.

2. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle[20]

Art. 6, al. 1, 5 et 6

1 L'institution de prévoyance paie le montant du versement anticipé au plus tard six mois après que la personne assurée a fait valoir son droit. ...

5 *Abrogé*

6 *Abrogé*

Art. 6a Limitation du versement en cas de découvert

1 Lorsque le règlement le prévoit, l'institution de prévoyance peut, en cas de découvert, limiter le versement anticipé dans le temps et en limiter le montant, ou refuser tout versement s'il est utilisé pour rembourser des prêts hypothécaires.

2 La limitation ou le refus du versement ne sont possibles que pour la durée du découvert. L'institution de prévoyance doit informer la personne assurée subissant une limitation ou un refus du versement de l'étendue et de la durée de la mesure.

Disposition transitoire de la modification du …

Les demandes de versement anticipé déposées avant le 1er janvier 2005 sont soumises aux dispositions de l'ancien droit en ce qui concerne la limitation ou le refus du versement en cas de découvert.

3. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ordonnance sur le libre passage) [21]

Art. 6, al. 2

2 Le taux d'intérêt au sens de l'art. 17, al. 1 et 4, LFLP correspond au taux d'intérêt minimal LPP. Aussi longtemps qu'existe un découvert, le taux d'intérêt peut, si le règlement le prévoit, être réduit au maximum:

a. dans les institutions d'épargne: au taux d'intérêt auquel les avoirs d'épargne sont rémunérés;

b. dans les institutions d'assurance gérées en primauté des cotisations et dans les institutions de prévoyance en primauté des prestations: au taux d'intérêt minimal LPP diminué de 0,5 point.

Art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt minimal fixé dans la LPP, augmenté de 1 %. L'art. 65d, al. 4, LPP ne s'applique pas.

---

19 RS **831.301**
47a RS **831.40**
20 RS **831.411**
21 RS **831.425**

Art. 8a, al. 1

[1] Lors du partage de la prestation de sortie en cas de divorce, conformément à l'art. 22 LFLP, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques effectués jusqu'au moment du divorce correspond au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2[22]. L'art. 65d, al. 4, LPP ne s'applique pas.

Art. 9

Abrogé

Art. 15, al. 1, let. b, et al. 2

[1] Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires s'agissant du maintien de la prévoyance:

b. en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
   1. les survivants au sens des art. 19 et 20 LPP;
   2. les personnes à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle, ou la personne qui a formé avec ce dernier une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs;
   3. les enfants du défunt qui ne remplissent pas les conditions de l'art. 20 LPP, les parents ou les frères et sœurs;
   4. les autres héritiers légaux, à l'exclusion des collectivités publiques.

[2] L'assuré peut préciser dans le contrat les droits de chacun des bénéficiaires et inclure dans le cercle des personnes défini au 1er alinéa, lettre b, chiffre 1, celles qui sont mentionnées au chiffre 2.

Art. 16, al. 1

[1] Les prestations de vieillesse dues en vertu des polices et des comptes de libre passage peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant et au plus tard cinq ans après que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite au sens de l'art. 13, al. 1, LPP.

4. Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)[23]

Art. 2, al. 1, let. b

[1] Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires:

b. En cas de décès de celui-ci, les personnes ci-après dans l'ordre suivant :
   5. le conjoint survivant;
   6. les descendants directs ainsi que les personnes à l'entretien desquelles le défunt subvenait de façon substantielle, ou la personne qui a formé avec ce dernier une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs;
   7. les parents;
   8. les frères et sœurs;
   9. les autres héritiers.

22 RS **831.441.1**
23 RS **831.461.3**

Commentaire

Mesures d'assainissement

Le 18 juin 2004, en vote final, les Chambres fédérales ont adopté la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)[24] concernant des mesures d'assainissement (avec mise en vigueur probable au 1er janvier 2005)[25.] Les présentes explications concernent les adaptations nécessaires au niveau de l'ordonnance.

Les dispositions de la 1re révision LPP ayant été mises en vigueur en même temps, un nouveau numéro a dû être attribué aux art. 65a, b et c, LPP relatifs aux mesures d'assainissement et évoqués dans le message concernant des mesures destinées résober les découverts dans la prévoyance professionnelle[26]. Dans la présente modification d'ordonnance et les explications y relatives, ces dispositions deviennent les art. 65c, d et e.

La décision du Conseil fédéral du 1er juillet 2004 concernant les ordonnances dans le cadre du deuxième paquet de la 1re révision de la LPP a entraîné quelques modifications. Les art. 27g et h OPP 2, les art. 9,15 et 16 OLP et l'art. 2 OPP 3 sont ainsi intégrés au présent projet.

Art. 27g Droit à des fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale

Alinéa 1 : il s'agit là de la correction d'un oubli intervenu lorsque les dispositions relatives aux liquidations partielles et totales ont été édictées dans le cadre du 2e paquet de la 1re révision LPP : il n'avait pas été tenu compte des prescriptions légales (art. 23 LFLP) concernant les droits individuels et collectifs. L'al. 1 établit qu'en cas de sortie individuelle, il existe un droit individuel à des fonds libres et qu'en cas de sortie collective, il existe un droit individuel ou un droit collectif à ces mêmes fonds.

L'alinéa 1bis reprend la disposition qui figurait jusqu'à présent à l'art. 9 OLP. Comme la 1re révision de la LPP a transféré dans la LPP et dans l'OPP 2 la réglementation sur la liquidation partielle, il faut abroger l'art. 9 OLP (voir ci-dessous).

Art. 27h Droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation en cas de de liquidation partielle ou totale

Il s'agit là de la correction du même oubli que pour l'art. 27g. Dans l'al. 1, le mot « individuel » qui suivait le mot « droit » est supprimé.

[24] RS **831.40**
[25] FF **2004** 2929
[26] FF **2003** 5835

Art. 35a (nouveau) Tâches particulières de l'organe de contrôle en cas de découvert d'une institution de prévoyance

Dans l'al. 1, l'obligation d'informer qui incombe à l'organe de contrôle conformément à l'art. 36, al. 3, est étendue au cas concret où une institution de prévoyance en découvert n'a pas rempli son obligation d'annonce. Lorsque l'organe de contrôle constate, lors de sa vérification ordinaire, que l'annonce à l'autorité de surveillance ne répondait pas aux exigences (cf. directives du Conseil fédéral concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, nouvelle version, ch. 222)[27], il signale cette insuffisance à l'organe paritaire suprême.

L'al. 2 précise le contenu du rapport, tel qu'il est défini à l'art. 35, al. 3, pour le cas particulier d'une institution de prévoyance en découvert. Les examens énumérés aux let. a à c doivent être considérés comme constituant un minimum ; la liste n'est donc pas exhaustive. Entrent dans le cadre de ces examens les indications relatives à la conformité au droit des placements de la fortune, avec mention spéciale des placements auprès de l'employeur. Ces précisions visent à garantir qu'en cas de découvert consécutif à une situation défavorable des marchés économiques et financiers, les placements auprès de l'employeur n'entraînent pas de risques supplémentaires.

Les examens mentionnés aux let. b et c doivent entre autres mettre en évidence des lacunes telles que des imprécisions quant aux compétences ou des insuffisances en personnel susceptibles d'entraîner des omissions. Si besoin est, il peut être nécessaire de procéder à des examens plus fréquents (et non pas seulement annuels).

Selon l'al. 3, l'organe de contrôle doit informer l'organe paritaire compétent des lacunes constatées au niveau du concept de mesures. Il s'appuie pour ce faire sur les documents correspondants et s'assure qu'ils sont concluants.

Art. 41a (nouveau) Tâches particulières de l'expert en cas de découvert d'une institution de prévoyance

L'al. 1 oblige à établir un rapport actuariel chaque année pendant toute la durée du découvert, ce qui constitue la prescription minimale. Si l'on ne peut exclure qu' un déséquilibre financier soit la cause du découvert, une expertise actuarielle est nécessaire. Le rapport doit également indiquer quel est le degré de couverture complémentaire au sens de l'art. 44a, al. 4.

L'al. 2 indique d'autres éléments de contenu du rapport de l'expert. L'expert doit par exemple prouver que les cotisations d'assainissement des employeurs et des employés, ainsi que les contributions des bénéficiaires de rente (art. 65d, al. 3, LPP) et l'application d'un taux d'intérêt inférieur au taux minimal (art. 65d, al. 4, LPP), sont nécessaires. Par conséquent, l'organe paritaire compétent (organe paritaire suprême ou commission paritaire de prévoyance à l'échelon de l'institution affiliée à une fondation collective) doit faire appel à l'expert pour l'élaboration du concept de mesures.

27 Elles sont remaniées parallèlement et devront entrer en vigueur en même temps que la modification de l'OPP 2.

L’art. 44a, al. 2, exige en outre que l’expert fournisse la preuve que le transfert des réserves de cotisations de l’employeur incluant une déclaration de renonciation dans la réserve ordinaire de cotisations d’employeur a été effectué en temps utile (cf. art. 44a, al. 1).

L’expert est tenu d’informer l’autorité de surveillance si l’institution de prévoyance omet de prendre des mesures appropriées. L’obligation générale d’informer de l’art. 41 est donc précisée dans l’al. 3 pour le cas où une institution de prévoyance se trouve en découvert.

Art. 44 Découvert

Le renvoi entre parenthèses de cette disposition mentionne, outre l’art. 65 (nouveau), également les art. 65c, al. 2, et 65d, al. 4, LPP.

Le renvoi à l’annexe figurant dans l’al. 1 vise à préciser que les versements dans la réserve de cotisations de l’employeur (RCE) incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation doivent être portés au compte de la fortune disponible, ce qui peut augmenter le degré de couverture, voire rétablir une couverture intégrale (cf. aussi le commentaire de l’art. 44a, al. 4).

La version actuelle de l’al. 2 est devenue superflue, car le principe de la responsabilité propre de l’institution de prévoyance en matière de résorption des découverts est désormais réglé dans la loi (art. 65d, al. 1, LPP).

La teneur actuelle de l’art. 3 est modifiée et inscrite à l’al. 2 en raison de l’art. 65c, al. 2, LPP qui fixe les obligations en matière d’information en cas de découvert. Désormais l’institution de prévoyance doit fournir des informations non seulement à l’autorité de surveillance, mais également à l’employeur ainsi qu’aux assurés et aux bénéficiaires de rentes, sur l’existence d’un découvert (let. a), sur les mesures d’assainissement (let. b) et sur la mise en œuvre du concept de mesures (let. c). Cette information doit être adaptée aux différents destinataires , en d’autres termes être suffisamment globale et compréhensible. En outre, elle sera fournie à temps et, pour ce qui est de la mise en œuvre du concept de mesures ainsi que de l’efficacité des mesures, périodiquement.

A la let. a de l’al. 2, il est précisé par rapport à la version actuelle que l’annonce de l’existence d’un découvert doit comporter en particulier des indications sur l’ampleur et les causes du découvert. L'ampleur doit être précisée tant en montant absolu qu’en termes relatifs (pour-cent). Il convient d’accorder une grande importance à l’analyse des causes du découvert, cette analyse constituant la base nécessaire à un assainissement judicieux. Il faut en particulier indiquer à quel moment des engagements ont été pris en matière de prestations, sans que le financement nécessaire soit assuré, afin qu’un équilibre puisse être créé entre le financement (cotisations/rendements de la fortune) et les prestations promises.

Il incombe à l’expert en prévoyance professionnelle de confirmer l’existence d’un découvert. L’institution de prévoyance est tenue de fournir à l’autorité de surveillance, avec les comptes annuels, un rapport actuariel à jour ou une expertise (cf. directives du Conseil fédéral concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, nouvelle version, ch. 222, al. 2, let. a).

Les let. b et c de l'al. 2 correspondent aux dispositions de l'actuel al. 3.

Au sens de l'art. 12 OPP 2, une rémunération inférieure au taux minimal ne peut être appliquée que si les cotisations d'assainissement des employeurs, des employés et des bénéficiaires de rentes (art. 65d, al. 3, let. a et b, LPP) se révèlent insuffisantes. L'application d'un taux inférieur n'est donc possible que de manière subsidiaire. Les effets des cotisations et contributions d'assainissement ne sont pas les mêmes dans toutes les institutions de prévoyance. C'est l'expert en prévoyance professionnelle qui dit s'il y a insuffisance ou non. L'institution de prévoyance est tenue, conformément à l'al. 3, de fournir des informations à ce sujet. Si les conditions ne sont plus remplies, cette mesure doit être levée.

L'al. 4 est abrogé, car il est contenu dans l'al. 2; l'al. 5 est supprimé, car il figure désormais à l'art. 65d, al. 2, LPP.

Annexe à l'art. 44, al. 1 : Calcul du découvert

Le texte de l'al. 1 actuel est complété pour le cas où il existe une RCE incluant une déclaration de renonciation.

La contribution à la réserve de cotisations de l'employeur (RCE) avec déclaration de renonciation est prise en compte dans le calcul du degré de couverture. Elle a valeur de mesure d'assainissement, de sorte que d'autres mesures telles que les cotisations d'assainissement peuvent être évitées.. L'al. 1 prévoit par conséquent que lors du calcul du degré de couverture, lequel est déterminant pour déclencher les obligations d'annoncer, d'informer et de prendre des mesures, la RCE avec déclaration de renonciation est imputée à la fortune disponible.

De ce fait, lorsque la situation financière de l'institution de prévoyance s'améliore, le degré de couverture ainsi calculé dépasse le seuil de 100 % alors même qu'il n'y a pas encore de fonds disponibles pour les réserves de fluctuations. Les fonds « excédentaires » résultant de ce calcul doivent rester sur le compte RCE avec déclaration de renonciation jusqu'à ce que la fortune disponible couvre le capital de prévoyance actuariel nécessaire sans intégrer ladite RCE. A partir de ce moment-là seulement, des réserves de fluctuations peuvent être constituées.

Afin d'assurer une présentation transparente pour les destinataires au sens de l'art. 44, al. 2, et afin qu'ils aient connaissance des conditions financières effectives ou des obligations futures de l'institution de prévoyance, il y a lieu de calculer conformément à l'art. 44a, al. 4, un degré de couverture avec attribution de la RCE incluant une déclaration de renonciation à la fortune disponible et un autre sans cette attribution. Le calcul du degré de couverture sans attribution de cette réserve à la fortune disponible est en outre nécessaire afin de pouvoir déterminer à quel moment la déclaration de renonciation peut être levée. Aussi longtemps que ce taux degré de couverture supplémentaire n'atteint pas les 100 %, le transfert des fonds de la RCE avec déclaration de renonciation au compte de réserves ordinaires de cotisations d'employeur provoque un découvert, ce qui doit être considéré comme une dissolution prématurée et est interdit.

L’expert en prévoyance professionnelle doit calculer les deux degrés de couverture et les indiquer dans l’annexe aux comptes annuels, et fournir à ce sujet des explications aux autorités de surveillance, aux assurés et aux bénéficiaires de rentes.

Art. 44a (nouveau) Réserves de cotisations d'employeur avec renonciation à leur utilisation en cas de découvert (RCE avec déclaration de renonciation)

Ce nouvel article introduit deux dispositions d’exécution de l’art. 65e, al. 3, let. a et b, LPP, par lesquelles le Conseil fédéral règle en particulier la dissolution de la RCE avec déclaration de renonciation, son transfert (changement d’imputation) à la réserve ordinaire de cotisations d’employeur et sa comptabilisation avec les cotisations d’employeur dues, ainsi que le montant total possible des réserves de cotisations d’employeur.

L’al. 1 règle la question de principe du devenir de la RCE avec déclaration de renonciation après que le découvert a été totalement résorbé et que le but de cette contribution ayant valeur de mesure d’assainissement a été atteint : le compte particulier de RCE avec déclaration de renonciation ne peut en effet être dissout et les fonds correspondants ne peuvent être imputés à la réserve ordinaire de cotisations d’employeur que si ces conditions sont remplies. Ce n’est que lorsque l’institution de prévoyance dispose à nouveau de suffisamment de fonds pour pouvoir dissoudre ce compte particulier sans être immédiatement en découvert que la déclaration de renonciation devient caduque et que l’employeur est habilité à disposer de ces réserves. Il n’est pas possible de procéder à une dissolution partielle anticipée ni de repousser la dissolution à une date ultérieure, ce qui a déjà été indiqué dans le message du 19 septembre 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, en lien avec la norme de délégation de l’art. 65c, al. 3, LPP[28].

La déclaration de renonciation à l’utilisation par l’employeur ne doit pouvoir être levée que lorsque la situation financière de l’institution de prévoyance s’est améliorée. Comme il n’est pas possible d’analyser clairement les causes ayant contribué au redressement, la déclaration peut être levée lorsqu’il n’y a plus de défaut de couverture même sans tenir compte de ces fonds.

L’expert en prévoyance professionnelle est tenu, aux termes de l’al. 2, de se prononcer sur la conformité de la dissolution de la RCE avec déclaration de renonciation et d’en informer l’autorité de surveillance. Il veille à ce que cette réserve ne soit dissoute ni trop tôt ni trop tard.

L’al. 3 règle le cas particulier, déterminant du point de vue fiscal, des contributions de l’employeur à la RCE avec déclaration de renonciation autorisées à figurer au bilan en tant que charges commercialement justifiées même si les réserves de cotisations d’employeur comportent déjà des fonds à hauteur de la valeur limite. Dans le droit fédéral comme dans la plupart des lois fiscales cantonales, la valeur limite pour les impôts est égale à cinq fois la cotisation annuelle de l’employeur. La disposition d’ordonnance fixe d’une manière générale cette valeur à cinq fois le montant de la cotisation annuelle de l’employeur et l’unifie ainsi au niveau suisse.

[28] FF **2003** 5862

Dès que la déclaration de renonciation est levée et que la RCE avec déclaration de renonciation est dissoute en faveur des réserves ordinaires de cotisations d'employeur, les règles fiscales courantes s'appliquent. Cela signifie qu'aussi longtemps que la valeur limite (cinq fois la cotisation annuelle de l'employeur) est dépassée, aucun paiement direct de l'employeur à l'institution de prévoyance ne peut être déduit fiscalement.

Il faut par ailleurs noter que la réserve ainsi portée à ce niveau doit être abaissée . Le montant concerné par la levée de la déclaration de renonciation, respectivement le montant transféré à la réserve de cotisations d'employeur doit être en permanence porté en déduction aux créances de cotisations dues ou à d'autres créances de l'institution de prévoyance auprès de l'employeur. Il en est de même des contributions volontaires de l'employeur en faveur de l'institution de prévoyance (par exemple la prise en charge volontaire des coûts des retraites anticipées). Cette déduction doit être poursuivie jusqu'à ce que la réserve ordinaire de cotisations d'employeur ait atteint à nouveau son niveau antérieur. Si le quintuple des cotisations annuelles de l'employeur est plus élevé, c'est ce montant qui est déterminant.

La fixation de la valeur limite (cinq fois la cotisation annuelle de l'employeur) à l'al. 2 et la fixation dans la loi du montant maximal des contributions à l'art. 65e, al. 2, LPP (montant à hauteur du découvert initial) déterminent en même temps le montant total des réserves de cotisations d'employeur (cf. art. 65e, al. 3, let. b). Ce montant total peut être plus élevé si, avant la constitution de la RCE incluant une déclaration de renonciation, la réserve ordinaire de cotisations de l'employeur était supérieure au quintuple de la cotisation annuelle. Les deux valeurs limites ont fait l'objet de discussions avec l'autorité fiscale fédérale et dans le cadre du groupe de travail de la Conférence suisse des impôts (Union des autorités fiscales suisses), et la valeur limite fixée au quintuple du montant annuel a été approuvée par les deux instances. Elle doit s'appliquer de manière générale, c'est-à-dire également lorsqu'il n'existe pas de découvert, ni de RCE avec déclaration de renonciation.

Aux termes de l'al. 4, l'expert en prévoyance professionnelle calcule, outre le taux de couverture conformément à l'annexe à l'art. 44, al. 1, le degré de couverture sans attribuer à la fortune disponible les fonds de la RCE avec déclaration de renonciation. Ce degré de couverture constitue la base permettant de déterminer le moment où ladite réserve sera dissoute (cf. aussi ci-dessus les explications sur l'annexe à l'art. 44, al. 1).

Art. 44b (nouveau) Utilisation, en cas de liquidation partielle ou totale, des réserves de cotisations d'employeur avec renonciation à leur utilisation en cas de découvert

L'al. 1 règle l'utilisation des réserves de cotisations d'employeur en cas de liquidation totale, fondée sur la délégation de compétences de l'art. 65c, al. 3, let. b. Les réserves d'employeur avec renonciation à l'utilisation sont transférées à l'institution de prévoyance en cas de liquidation totale. La pratique en vigueur[29] concernant les réserves ordinaires d'employeur est ainsi également réglée au niveau de l'ordonnance pour les RCE avec déclaration de renonciation.

[29] Décision du 4 juin 1997 de la Commission fédérale de recours LPP, publiée dans SVR – jurisprudence 9/1998 LPP, n°16, p. 55 ss.

Lors de la liquidation partielle d'une institution de prévoyance qui dispose d'une RCE avec déclaration de renonciation, cette réserve doit être dissoute conformément à l'al. 2 pour autant qu'elle soit à imputer au capital de prévoyance à verser ou à transférer. Ce n'est que dans cette mesure – et dans cette mesure seulement – que des fonds de la RCE avec déclaration de renonciation sont dissous en faveur des assurés (le cas échéant bénéficiaires de rentes inclus) quittant une institution de prévoyance dans le cadre d'une liquidation partielle. Il s'agit là d'une réglementation d'exception, car les réserves de cotisations ordinaires constituées par l'employeur peuvent continuer à être utilisées conformément à la loi (art. 331, al. 3, CO) tant que l'institution de prévoyance existe30. Les fonds déposés dans la RCE avec déclaration de renonciation sont destinés à d'autres fins. Ils servent exclusivement à réduire ou à résorber un découvert, en permettant de renoncer à d'autres mesures d'assainissement à hauteur des fonds déposés. La déclaration de renonciation permettant de ne pas prendre d'autres mesures à un moment donné, une partie correspondante de ces fonds doit être dissoute au profit des assurés sortants lors d'une liquidation partielle. Cette façon de procéder doit éviter que les assurés sortants soient confrontés au problème d'une réduction de leur avoir d'épargne (transfert des découverts) parce d'autres mesures d'assainissement n'ont pas été prises en raison de la contribution de l'employeur. Les fonds proportionnellement restants, liés aux assurés qui ne sont pas sortis, ne sont pas utilisés jusqu'à ce que le découvert de l'institution de prévoyance soit complètement résorbé. L'égalité de traitement entre assurés restants et assurés sortants est ainsi garantie.

Art. 44c Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

Pour des raisons systématiques, l'actuel art. 44a fait l'objet d'une nouvelle numérotation.

2. Modification de l'ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI)[31]

Art. 15d (nouveau) Rente de la prévoyance professionnelle en cas de découvert

Cette disposition garantit que seule la rente effectivement versée – soit après déduction de la contribution destinée à résorber un découvert – est prise en compte à titre de revenu déterminant selon l'art. 3c, al. 1, let. d, LPC pour le calcul de la prestation complémentaire annuelle. Il s'agit là d'une règle analogue à celle de l'art. 15a OPC-AVS/AI concernant l'anticipation de la rente AVS.

30 Id.
31 831.301

3. Modification de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)[32]

Art. 6, al. 1, 5 et 6

La deuxième phrase de l'al. 1 est supprimée en raison de la nouvelle réglementation figurant à l'art. 6a. L'extension de six à douze mois du délai admis pour le versement anticipé en cas de découvert a été critiquée. La pratique a en effet montré d'une part que ce délai est trop court et par conséquent sans effet et, d'autre part, que son extension a une portée trop grande (en raison de la limitation des possibilités d'acquisition et de construction d'un logement en propriété).

L'al. 5 est abrogé, sa teneur étant reprise dans le nouvel art. 6a sous une forme modifiée sur le plan rédactionnel.

L'al. 6 est abrogé en faveur de la réglementation figurant dans la disposition transitoire.

Art. 6a (nouveau) Limitation du versement en cas de découvert

L'al. 1 de l'art. 6a fixe, en tant que disposition d'exécution de l'art. 30f, al. 2, LPP, les conditions qui doivent être remplies – en plus de l'existence d'un découvert (cf. art. 30f, al. 1, LPP) – pour que le versement anticipé puisse être limité dans le temps et dans son montant, ou être intégralement refusé:

Comme pour toutes les mesures d'assainissement, une base réglementaire est également nécessaire pour cette mesure, ce qui présuppose une décision de l'organe paritaire compétent.

Le versement anticipé est destiné au remboursement (amortissement) de prêts hypothécaires. Cela signifie que le versement anticipé destiné à l'acquisition et à la construction d'un logement en propriété à usage personnel ou à l'acquisition de participations à la propriété d'un logement (cf. art. 1, al. 1, OEPL) ne peut pas être limité, même en cas de découvert (exceptions : le versement peut être différé de six mois au sens de l'art. 6, l'al. 1, et le délai de paiement peut être prolongé en cas de problèmes de liquidités au sens de l'al. 4 de cet art.). La mesure étant limitée à l'amortissement de prêts hypothécaires, elle aura moins d'effets sur les projets des assurés que si elle concernait également l'acquisition et la construction d'un logement en propriété.

Etant donné qu'il s'agit d'une mesure applicable en cas de découvert, il y a lieu de respecter les obligations générales d'informer au sens de l'art. 44 OPP 2 (cf. al. 2), en particulier sur la durée de la mesure (c'est-à-dire sur la limitation dans le temps et la limitation du montant du versement ou le refus de celui-ci). S'il existe une demande concrète de versement anticipé, l'assuré a, conformément à l'al. 2, droit à une notification individuelle écrite. La durée maximale de cette mesure est fixée comme il suit : elle ne peut être ap-

[32] RS **831.411**

pliquée que tant qu'il existe un découvert, la durée de dix ans ne devant pas être dépassée.

L'al. 6 est abrogé en faveur de la réglementation figurant dans les dispositions transitoires.

Disposition transitoire

Les dispositions modifiées (abrogation de l'art. 6, al. 1, 2e phrase, al. 5 et 6, ainsi qu'introduction de l'art. 6a OEPL) ne s'appliquent qu'aux demandes concernant le versement anticipé déposées après l'entrée en vigueur de la modification de l'OPP 2 – soit après le 1er janvier 2005.

4. Modification de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP)[33]

Art. 6, al. 2

Les dispositions de l'art. 17 de la loi sur le libre passage (LFLP)[34] concernant la fixation du montant minimal en cas de sortie sont devenues nécessaires dans la mesure où la somme de la prestation acquise dans les régimes en primauté des prestations (art. 16 LFLP) ne satisfaisait pas aux exigences du libre passage intégral. Lors du calcul du montant minimal, il y a lieu de rémunérer tant la prestation d'entrée que, selon les circonstances, les cotisations de l'employeur, majorations par année d'âge comprises (art. 17, al. 1 et 4, LFLP).

Le montant minimal en cas de sortie au sens de l'art. 17 LFLP s'applique également aux prétentions dans les régimes en primauté des cotisations et il y a de ce fait concurrence de droit avec l'art. 15 LFLP, selon lequel le taux réglementaire est pris en compte, dans le cas des caisses enveloppantes et des caisses non enregistrées, lors de la détermination du montant de l'avoir d'épargne ou de la prestation de sortie. Pour que la rémunération à un taux nul ou à un taux inférieur au taux minimal selon le principe d'imputation ne soient pas privées d'effet lors d'un assainissement, la let. a précise que pour les fonds d'épargne, tant que dure le découvert, c'est le taux auquel sont rémunérés les avoirs d'épargne qui s'applique selon le règlement. C'est pourquoi il est possible de renoncer à une rémunération durant cette période.

L'exemple d'une institution d'épargne en découvert qui rémunère actuellement les avoirs d'épargne au taux de 1 % peut illustrer cette situation. Si un nouvel assuré y est affilié le 1er janvier 2005 avec une prestation d'entrée de 10 000 francs, alors celle-ci sera prise en compte après une année dans le cadre du montant minimal en cas de sortie avec une rémunération de 1 %, soit 100 francs, au lieu d'une rémunération au taux d'intérêt minimal LPP de 2,5 %, soit 250 francs. La différence de 150 francs au profit de l'institution d'épargne contribue à son assainissement.

---

[33] RS **831.425**
[34] RS **831.42** valable depuis le 1er janvier 1995.

Dans les régimes en primauté des prestations ou dans les caisses en primauté des cotisations gérées par des assurances, la rémunération s'effectue sur la base du seul taux technique et l'institution de prévoyance n'a donc pas besoin, dans son règlement, d'un taux d'intérêt pour la rémunération des avoirs d'épargne. Par conséquent, le législateur a prescrit un taux d'intérêt pour le calcul de la prestation de sortie minimale selon l'art. 17 LFLP et pour la rémunération. C'est le taux minimal LPP valable à la période considérée qui est déclaré, à l'al. 2 actuel, déterminant pour la rémunération de la prestation d'entrée et des cotisations des salariés augmentées des majorations par année d'âge (art. 7, al. 1 et 4, LFLP).

La let. b autorise les institutions d'assurance gérées selon la primauté des cotisations (les plans en primauté des cotisations autres que les fonds d'épargne, c'est-à-dire basés sur des tarifs), ainsi que les institutions de prévoyance en primauté des prestations en découvert, à appliquer un taux d'intérêt inférieur de 0,5 point au taux d'intérêt minimal. Il n'est pas nécessaire que les conditions de l'art. 65d, al. 4, LPP soient remplies et la mesure peut être appliquée durant plus de cinq ans.

Afin d'illustrer ces propos, prenons l'exemple d'une institution de prévoyance en primauté des prestations en découvert qui a choisi de faire usage de la disposition en question. Si un nouvel assuré y est affilié le 1er janvier 2005 avec une prestation d'entrée de 10'000 francs, alors celle-ci sera prise en compte après une année dans le cadre du montant minimal en cas de sortie, non pas avec une rémunération au taux d'intérêt minimal LPP de 2,5 %, soit 250 francs, mais avec une rémunération de 2 % (2,5 % diminué de 0,5 %), soit 200 francs. Le bénéfice, pour l'institution de prévoyance, de telles différences (dans l'exemple 50 francs) contribue à l'assainissement.

Lorsque, en cas de sortie d'une institution de prévoyance, le calcul du montant minimal selon l'art. 17 LFLP conduit à un montant supérieur à celui du calcul selon l'art. 15 (primauté des cotisations), l'art. 16 LFLP (primauté des prestations) ou l'art. 11 LPP (compte témoin), ledit montant supérieur est déterminant pour la prestation de sortie et pour le calcul du capital de couverture actuariel nécessaire. Si celui-ci ne peut pas être couvert par la fortune prévue à cet effet, il y a découvert, ce qui justifie alors l'application du taux minimal réduit en tant que mesure d'assainissement.

Art. 7 Taux de l'intérêt moratoire

Selon l'art. 65d, al. 4, LPP, il est permis d'appliquer, pour une institution de prévoyance en découvert, une rémunération inférieure de 0,5 % au plus au taux minimal (cf. art. 12 OPP 2) durant 5 ans au maximum, la subsidiarité devant être prise en considération.

Dans tous les domaines où la loi et les ordonnances se réfèrent au taux minimal LPP, il est ainsi possible d'appliquer un taux réduit.

Il n'est pas possible de réduire le taux d'intérêt moratoire, qui correspond, selon l'art. 7 (nouveau) de l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP)[35], au taux minimal LPP plus un point de pourcen-

35 Décision CF, 2 juillet 2004 (RO **2004** 4279).

tage. D'un côté, les retards dans les transferts, provoqués par l'institution de prévoyance, ne doivent pas être favorisés et, de l'autre, la référence à un découvert fait défaut.

Art. 8a, al. 1 Taux d'intérêt lors du partage de la prestation de sortie après un divorce

De même, le taux réduit conformément à l'art. 65d, al. 4, LPP n'est pas applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de la conclusion du mariage ni aux versements uniques effectués jusqu'au moment du divorce. Selon l'art. 8a LFLP, le taux minimal en vigueur s'applique durant la période considérée. Dans ces conditions, la rémunération n'est pas basée sur les taux effectivement appliqués, mais sur un taux compréhensible à tout moment pour toute institution de prévoyance (en particulier pour les caisses intégrant des assurés venant d'autres caisses) (cf. aussi ATF 129 V 251, E.3.1). Cette règle est valable pour toutes les institutions de prévoyance fournissant des prestations de prévoyance réglementaires (champ d'application selon l'art. 1, al. 2, LFLP) et par conséquent aussi pour les institutions de prévoyance non enregistrées comme les caisses de cadres. L'application d'un taux d'intérêt «synthétique » (taux minimal LPP) est nécessaire car ni les taux d'intérêts ni les intérêts correspondants versés par les institutions de prévoyance précédentes ne peuvent être connus et qu'il n'existe en outre pas de taux d'intérêts réglementaires dans les systèmes en primauté des prestations.

Cet article est abrogé et remplacé par la disposition de l'art. 27g, al. 1bis, OPP 2.

Art. 15 Bénéficiaires

La formulation actuelle de l'art. 15 OLP, qui se réfère à une application par analogie de l'art. 20a LPP, peut être source d'incertitudes. Pour y remédier, la formulation de l'art. 15 OLP a été complètement remaniée et clarifiée.

5. Modifications de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)[36]

Art. 2 Bénéficiaires

Cf. commentaire de l'art. 15 OLP.

6. Entrée en vigueur

La modification de l'ordonnance entre en vigueur en même temps que la modification du 18 juin 2004 de la LPP (mesures d'assainissement), soit le 1er janvier 2005.

[36] RS **831.461.3**

Directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle

du 27 octobre 2004

Le Conseil fédéral suisse,

se fondant sur l'art. 64 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)[37],

arrête les directives suivantes:

1 Champ d'application

Les présentes directives s'adressent aux autorités de surveillance de la prévoyance professionnelle conformément à l'art. 64 LPP. Elles s'appliquent aux institutions de prévoyance enregistrées ainsi qu'aux institutions de prévoyance non enregistrées soumises à la loi sur le libre passage (LFLP[38] (art. 48, 49, al. 2, ch.14[39], 62, al. 1, 64 LPP et art. 89[bis], al. 6, ch. 12, du code civil[40]).

2 Partie générale Principes et obligations applicables aux institutions de prévoyance en découvert et conséquences pour les tâches de l'autorité de surveillance

L'autorité de surveillance doit, dans son activité, tenir compte des principes et obligations particuliers que les institutions de prévoyance et leurs organes sont tenus de respecter. Elle veillera en particulier aux principes et obligations suivants:

21 Principe de l'équilibre financier (art. 65, al. 1, LPP)

1 Garantir le respect du principe selon lequel il doit exister un équilibre entre prestations et financement est une tâche permanente de l'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance. En cas de découvert, le retour à l'équilibre doit faire l'objet de mesures prioritaires. L'expert en matière de prévoyance professionnelle doit s'exprimer, dans son expertise, sur l'équilibre financier de l'institution de prévoyance.

2 En situation de découvert, il convient en premier lieu d'analyser les causes de l'insuffisance de couverture. Si cette analyse montre qu'en sus des pertes sur la fortune, une base de financement insuffisante a grevé ou grève la situation financière, il est nécessaire d'examiner l'opportunité d'adapter le financement ou les prestations et, le cas échéant, de procéder à des adaptations. Une base de financement insuffisante peut résulter par exemple de la prise en considération d'un rendement théorique de référence trop optimiste ou d'une cotisation de risque qui ne couvre pas suffisamment l'évolution des risques.

22 Principes et obligations à respecter par l'institution de prévoyance en découvert

L'institution de prévoyance doit en particulier respecter les principes et obligations suivants, avec les conséquences qu'ils ont sur l'activité de surveillance de l'autorité compétente:

221 Responsabilité propre de l'institution de prévoyance (art. 65*d*, al. 1, LPP)[41]

Le principe de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance est applicable. L'organe paritaire suprême, respectivement la commission de prévoyance paritaire à l'échelon de l'institution affi-

37 RS **831.40**
38 RS **831.42**
39 RS **831.40** dans la version de la 1re révision LPP, du 3 octobre 2003, en vigueur depuis le 1er avril 2004 (RO **2004** 1677)
40 RS **210,** dans la version de la 1re révision LPP, du 3 octobre 2003, en vigueur depuis le 1er avril 2004 (RO **2004** 1677)
41 Modification du 18 juin 2004 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), en vigueur depuis le 1er janvier 2005, RO **2004** …

liée à une fondation collective, doit prendre les mesures nécessaires et est responsable de leur application. L'organe de gestion doit s'appuyer sur les propositions de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et, au besoin, sur celles d'autres spécialistes tels que l'expert en placements ou l'organe de contrôle.

222 Annonce à l'autorité de surveillance (cf. art. 65*c*, al. 2, LPP et art. 44, al. 2 et 3, OPP 2[42])

[1] L'institution de prévoyance doit dans tous les cas informer du découvert l'autorité de surveillance directe compétente, quel que soit le degré dudit découvert. Cette information doit être transmise par écrit, au plus tard lors de la remise des comptes annuels.

[2] L'autorité de surveillance doit exiger au moins les indications ou documents suivants:

a. rapport actuel de l'expert en prévoyance professionnelle (rapport actuariel ou expertise actuarielle, où le capital de prévoyance des assurés doit être présenté séparément de celui des rentiers, cf. art. 41*a*, al. 1 OPP 2);
b. concept de mesures, en d'autres termes présentation concluante des bases de décisions pour les mesures prises ou encore à prendre, avec les décisions correspondantes de l'organe paritaire suprême de gestion respectivement de la commission de prévoyance paritaire à l'échelon de l'institution affiliée à une fondation collective, et un programme de mise en œuvre indiquant dans quel délai et par quelles mesures il sera possible de résorber le découvert (cf. art. 65*d*, al. 2, LPP);
c. preuve que le besoin prévisible de liquidités pourra être couvert;
d. degré du découvert calculé conformément aux ch. 1 et 2 de l'annexe relative à l'art. 44, al. 1, OPP 2;
e. causes du découvert;
f. événements significatifs postérieurs à la date du bilan;
g. concept d'information (information initiale et information du suivi à l'attention de l'employeur, des destinataires – assurés, bénéficiaires de rentes – et de l'autorité de surveillance).

223 Obligations en matière d'information ultérieure

Dans le cadre de l'obligation de renseigner régulièrement l'autorité de surveillance sur le succès des mesures prises, l'institution de prévoyance doit, conformément à l'art. 44, al. 2, let. b et c, OPP 2, assurer un suivi en continu de l'efficacité, de l'opportunité et de la durée d'application des mesures; au besoin, elle procède aux adaptations nécessaires. Elle doit se doter d'instruments de reporting adéquats.

224 Exigences accrues en matière d'information destinée à l'autorité de surveillance, à l'employeur et aux destinataires (cf. art. 65*c*, al. 2, LPP et art. 44, al. 2 et 3, OPP 2).

En cas de découvert, les institutions de prévoyance sont soumises à des exigences accrues en matière d'information. La périodicité des informations doit être adaptée à l'ensemble des destinataires, à l'importance du découvert et aux mesures prises (cf. art. 44, al. 2 et 3, et 44*a*, al. 2 et 4 OPP 2 et art. 6a, al. 2 OEPL).

225 Devoir accru de diligence

Un découvert se traduit pour l'institution de prévoyance et ses organes, comme pour les autorités de surveillance, par un devoir accru de diligence et par des exigences accrues en matière de transparence. L'institution de prévoyance doit, en particulier, veiller avec plus d'attention encore à ce que la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance soit garantie dans le domaine des placements, surtout en ce qui concerne les placements auprès de l'employeur (cf. art. 50, al. 2, OPP 2).

226 Exigences minimales pour les mesures (cf. art. 65*d*, al. 2, LPP)

[1] Les mesures doivent être conformes à la loi. Elles ne doivent ni porter atteinte aux droits acquis, ni avoir aucun effet rétroactif illicite.

[2] Les mesures doivent être adaptées au degré du découvert (cf. art. 65*d*, al. 2, LPP). Il est possible à cet égard de distinguer entre un découvert limité et un découvert important. Il y a lieu de considérer en règle générale qu'un découvert est important lorsque l'insuffisance de couverture est supérieure à 10 %. L'expert en prévoyance professionnelle doit donner son avis sur cette valeur de référence. Il s'appuie à cet effet sur des principes reconnus. Compte tenu de la situation propre à l'institution de prévoyance, un découvert peut être déjà important lorsque l'insuffisance de couverture est inférieure à la valeur dc référence précitée.

---

42 Modification du 27 octobre 2004 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) , en vigueur depuis le 1er janvier 2005, RO **2004** …

[3] Les mesures doivent être adaptées aux contraintes de durée. Elles doivent pouvoir être appliquées en temps utile, être gérables au plan administratif et conduire à une résorption du découvert dans un délai raisonnable. En règle générale, un délai raisonnable s'entend d'une période de cinq à sept ans; une durée de dix ans ne devrait pas être dépassée.

[4] Les mesures doivent prendre en compte les événements futurs prévisibles (changement de propriétaire de l'entreprise, externalisation d'unités de production, ventes partielles de l'entreprise, suppression générale de postes de travail, etc.).

[5] Les mesures doivent être efficaces, applicables, et cohérentes par rapport aux causes du découvert.

[6] Les mesures doivent respecter la proportionnalité et être équilibrées dans le cadre d'un concept d'ensemble (cf. art. 65*d*, al. 2, LPP). La proportionnalité est respectée par exemple si les destinataires et/ou employeurs qui ont bénéficié antérieurement de prestations supplémentaires supportent la charge des mesures appliquées.

[7] Les mesures doivent permettre de couvrir les besoins prévisibles en matière de liquidités.

[8] Le principe de subsidiarité doit être respecté lorsque des mesures sont appliquées. Des mesures radicales comme celles prévues à l'art. 65*d*, al. 3, LPP (prélèvement auprès de l'employeur et des salariés de cotisations d'assainissement et, auprès des bénéficiaires de rentes, d'une contribution aux mêmes fins) ne peuvent être prises que lorsque d'autres mesures, de moindre portée, ne permettent pas d'atteindre l'objectif. Les avoirs de vieillesse ne peuvent être rémunérés à un taux inférieur au taux minimal en application de l'art. 65*d*, al. 4, LPP que lorsque les mesures prévues à l'al. 3 de cet article se sont révélées insuffisantes.

23 Tâches particulières de l'autorité de surveillance

L'autorité de surveillance examine si l'organe de contrôle et l'expert en matière de prévoyance professionnelle remplissent les tâches spéciales prévues par les art. 35*a* et 41*a* OPP 2. Elle vérifie en particulier qu'un concept de mesures visant à résorber le découvert a été élaboré et que les documents et indications prévues au ch. 222 ont été réunis. Elle en vérifie la légalité et la conformité au règlement et elle examine si le concept de mesures présente de manière concluante les moyens d'atteindre les objectifs. Le concept de mesures doit comporter des indications sur le respect des principes susmentionnés et de ceux de l'art. 65*d*, al. 2, LPP, ainsi que sur l'efficacité attendue et les échéances prévues. Il doit également indiquer les premières étapes contraignantes du processus de résorption du découvert et indiquer selon quelles modalités et avec quelle périodicité l'institution de prévoyance renseigne l'autorité de surveillance et les destinataires sur la progression de l'application des mesures. L'autorité de surveillance s'assure que les acteurs concernés (organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance et commission de prévoyance paritaire à l'échelon de l'institution affiliée à une fondation collective, organe de contrôle, expert en matière de prévoyance professionnelle) sont impliqués dans le processus conformément au partage légal de leurs rôles. Elle examine en particulier si le concept de mesures a été élaboré avec le concours de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et au besoin d'autres spécialistes (tels que des experts en placements) et si l'organe de contrôle a vérifié que les décisions de l'organe paritaire suprême, respectivement de la commission de prévoyance paritaire à l'échelon de l'institution affiliée à une fondation collective, figurent au procès-verbal de ces derniers. Elle surveille et examine l'établissement par l'institution de prévoyance de rapports réguliers sur l'efficacité des mesures.

231 Institutions affiliées à une fondation collective qui gèrent les placements de manière autonome

Lorsque des fondations collectives autorisent les institutions affiliées à opérer de manière autonome les placements de la fortune, les règles applicables aux institutions affiliées qui sont en découvert sont en principe les mêmes que celles qui s'appliquent aux institutions de prévoyance autonomes.

232 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance (cf. art. 44*c* OPP 2)

Dans le cadre de l'enquête sur la situation financière des institutions de prévoyance, l'autorité de surveillance doit relever le degré de couverture déterminé conformément à l'annexe relative à l'art. 44, al. 1, OPP 2. S'il existe une réserve de cotisations d'employeur incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation, un degré de couverture complémentaire sans imputation de cette réserve à la fortune disponible est nécessaire (art. 44a, al. 4 OPP 2).

3 Partie spéciale: détail des mesures d'assainissement

31 Application, en cas de découvert, d'un taux d'intérêt réduit ou nul par les institutions de prévoyance enveloppantes en primauté des cotisations

Les institutions de prévoyance enregistrées et en primauté des cotisations qui étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales de la LPP (institutions de prévoyances dites enveloppantes) doivent, lorsqu'en cas de découvert elles appliquent à l'ensemble de l'avoir d'épargne un taux d'intérêt réduit ou nul selon le principe d'imputation, respecter les limites légales précisées ci-après.

311 Limites légales

1 L'application d'un taux d'intérêt réduit ou nul en application du principe d'imputation dans le cas d'une institution de prévoyance enveloppante et en primauté des cotisations est licite si cette possibilité est prévue dans le règlement et si le devoir d'information envers les assurés et l'autorité de surveillance est également respecté. L'application d'un intérêt négatif est exclue pour toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP, soit également pour les institutions de prévoyance dites de cadres (art. 15 et 17 LFLP).

2 Si un assuré quitte l'institution de prévoyance individuellement, les prescriptions minimales de la LPP et de la LFLP s'appliquent sans aucune restriction et il y a lieu en particulier de respecter les dispositions de l'art. 17 LFLP (en corrélation avec l'art. 6, al. 2, OLP). L'institution de prévoyance doit fournir la preuve que lors du calcul du compte-témoin LPP et que lors du calcul de la prestation de sortie selon la LFLP, la rémunération au taux d'intérêt minimal conformément à l'art. 15 LPP (en corrélation avec l'art. 12 OPP 2 et l'art. 65*d* al. 4, LPP) est respectée.

3 Les règlements peuvent prévoir que l'organe paritaire suprême de gestion ne fixe le taux d'intérêt pour l'année écoulée qu'après avoir pris connaissance des comptes annuels. S'il existe une telle disposition dans le règlement, on est en présence d'une réduction licite rétroactive du taux d'intérêt. En règle générale, les mesures avec effet rétroactif sont toutefois interdites.

32 Modification des prétentions réglementaires futures dans le domaine surobligatoire

Sur la base d'une disposition réglementaire expresse (modification réservée), l'organe paritaire suprême de l'institution de prévoyance peut réduire les droits futurs (droits expectatifs) des assurés à des prestations *surobligatoires*, d'une manière générale ou temporairement seulement.

321 Limites légales

1 S'il n'existe pas de base réglementaire suffisante (modification réservée), les conditions formelles d'une modification du règlement, respectivement d'une modification du plan de prévoyance, doivent être respectées. Il est en particulier impératif que le règlement modifié soit soumis au contrôle de conformité légale de l'autorité de surveillance.

2 Il y a lieu d'observer l'interdiction de la rétroactivité et la protection des droits acquis des destinataires et ainsi la distinction entre droits déjà acquis et droits à acquérir (cf. art. 21 LFLP, changement de plan de prévoyance). Aussi longtemps que des expectatives de prestations futures peuvent être réduites – notamment lorsque les conditions d'une modification unilatérale d'un règlement sont remplies – ces expectatives ne bénéficient pas de la garantie des droits acquis. Ce n'est que lorsque le règlement lui-même est déclaré irrévocable sur un point précis (p. ex. le droit à certaines prestations) ou lorsque des garanties explicites ont été données dans un cas précis que la garantie des droits acquis l'emporterait sur une éventuelle réduction des droits expectatifs.

4 Abrogation des directives en vigueur jusqu'ici

Les directives du 21 mai 2003[43] concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle sont abrogées.

43 FF **2003** 3863

5 Entrée en vigueur

Les présentes directives entrent en vigueur le 1er janvier 2005.

27 octobre 2004 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Prise de position de l'OFAS

463 Versement en espèces de la prestation de sortie lors du départ définitif de la Suisse

L'attention de l'OFAS a été attirée par le fait que des étrangers qui quittent la Suisse tout en maintenant un droit de retour dans le cadre de la réglementation du séjour et de l'établissement perçoivent les prestations de sortie en espèces. Il s'ensuit qu'ils rentrent à nouveau en Suisse peu de temps après leur départ soi-disant définitif et reconstituent leur prévoyance. Dans certains cas, ils réalisent ainsi des avantages fiscaux non négligeables.

Nous tenons à rappeler que le versement en espèces de la prestation de sortie n'est possible que pour autant que l'assuré (suisse ou étranger) ait quitté **définitivement** la Suisse. Pour un étranger, le départ définitif signifie qu'il n'a pas de possibilité de revenir dans l'immédiat, c'est-à-dire en bénéficiant encore des avantages liés à son permis actuel. Les institutions de prévoyance ne doivent donc pas verser la prestation en espèces lorsqu'il subsiste une possibilité de retour liée au permis en cours. Nous vous rappelons que lorsque la prestation a été versée à tort, par défaut de diligence de l'institution de prévoyance, celle-ci doit la réintégrer à ses frais si l'assuré retourne en Suisse. A cet effet, les institutions sont priées de prendre contact avec les autorités de séjour pour s'assurer que les conditions au départ définitif de la Suisse sont bien remplies. Cela implique aussi qu'elles examinent avec une attention particulière les preuves du départ fournies par les étrangers. Nous saisissons, du reste, aussi cette occasion pour rappeler que l'examen des preuves du départ définitif concerne tout aussi bien les suisses.

Jurisprudence

464 Rente d'invalidité viagère

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales du 24 juin 2004 dans la cause K., B 106/02)

(Art. 24 et 26 al. 3 LPP)

Dans l'arrêt 127 V 259, le TFA a étendu à la prévoyance plus étendue le principe selon lequel le montant de la rente d'invalidité viagère, resp. de la rente de vieillesse, devait être au moins égal à celui de la rente d'invalidité allouée jusqu'à l'âge de la retraite. Le Tribunal a considéré qu'après cet âge limite, le versement d'une rente de vieillesse d'un montant inférieur à la rente d'invalidité n'était pas conforme au système de la prévoyance professionnelle et ne respectait pas la volonté du législateur. D'une part, cela ne correspondait pas au principe général applicable dans le domaine de la prévoyance professionnelle qui veut que la personne assurée lorsqu'elle atteint l'âge de la retraite puisse maintenir son niveau de vie de manière appropriée. D'autre part, la diminution de la prévoyance vieillesse est la conséquence même de l'invalidité laquelle a empêché la poursuite du financement de la prévoyance vieillesse, de telle sorte que l'on se trouve en présence d'une rente de vieillesse pour laquelle la personne assurée, en raison même de son invalidité, n'a pas pu contribuer dans la même mesure au versement des cotisations

que les autres assurés qui auraient exercé une activité lucrative jusqu'à l'âge-terme de la retraite.

L'article 113 Cst fédérale, qui correspond à l'art. 34^{quater}, alinéa 3 dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 1999 de notre Constitution du 29 mai 1874, confère à la Confédération, en vertu de l'alinéa 1 une large compétence législative pour la prévoyance professionnelle qui ne se limite donc pas uniquement à l'énoncé de principes. Les principes que le législateur est tenu de respecter pour la concrétisation de la prévoyance professionnelle découlent explicitement de l'alinéa 2, en ce sens que ce dernier précise la portée législative qui résulte du premier alinéa en fixant certaines exigences, en particulier pour ce qui est du but des prestations dans la prévoyance professionnelle. La réalisation de ce but fixé à l'article 113, alinéa 2, lettre a, Cst fédérale, soit le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur, implique une durée de cotisations, resp. d'assurance, complète pour le 1er et 2^{e} pilier. Le but fixé pour la prévoyance professionnelle résultant de la disposition constitutionnelle précitée n'a pas été examiné dans l'arrêt du TFA 127 V 259 sous l'angle de l'interprétation législative (comme par ex. pour les ATF 126 V 475, consid. 6c, 108 V 239, consid. 4) mais à titre de référence quant à l'approbation d'un droit aux prestations dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Il ne peut en aller différemment, car cette disposition constitutionnelle ne contient qu'un simple mandat à l'égard du législateur de telle sorte que l'on ne peut point en déduire un droit bien défini et concret à une prestation de prévoyance.

L'argumentation selon laquelle la diminution de la prévoyance professionnelle est la conséquence de l'invalidité qui a empêché la continuation de cette même prévoyance, mais uniquement dans cette optique, ne peut être retenue (cf. ATF 127 V 259). Ainsi que l'a objecté à juste titre la doctrine, cet argument n'est pas pertinent. En effet, la plupart des plans de prévoyance qui prévoient des rentes d'invalidité temporaires, c'est-à-dire converties en rentes de vieillesse dès l'âge réglementaire de la vieillesse, appliquent le principe de la libération des primes, à savoir que pendant la durée de l'invalidité et jusqu'à l'âge de la retraite, les cotisations pour l'assurance vieillesse continuent à s'accumuler sur la base du salaire assuré lors de la survenance de l'invalidité. Dès lors, ce système permet de bonifier des cotisations pour la prévoyance vieillesse dans la même mesure que pour un assuré actif avec un salaire assuré identique (cf. également l'art. 34, al. 1, let. b, LPP en relation avec l'art. 14 OPP2 pour le régime obligatoire). Il en va de même pour la défenderesse dont le règlement prévoit une libération du paiement des primes lors d'une incapacité de travail.

Il est relevé avec raison dans la littérature que la jurisprudence selon l'ATF 127 V 259, qui oblige les institutions de prévoyance, à défaut de disposition réglementaire expresse, à verser des prestations qui n'ont pas été financées auparavant par des cotisations correspondantes (selon les estimations de l'association suisse des caisses de pensions, cela représente des frais supplémentaires de plusieurs centaines de millions; cf. Bulletin de l'Ass.féd. 2002 N 550, vote Widrig), contredit le principe de l'équivalence qui exige un équilibre technique d'assurance entre les recettes et les dépenses. Les bases de calcul pour les rentes d'invalidité temporaires (qui varient selon que l'institution de prévoyance est en primauté de cotisations ou de prestations) reposent toujours sur l'hypothèse que dès l'âge de la retraite on verse en principe des rentes de vieillesse réduites (régies le plus souvent en primauté des cotisations; consid. 6.3).

Afin de déterminer si une institution de prévoyance est en droit, dans le domaine de la prévoyance plus étendue, de remplacer une rente d'invalidité par une rente de vieillesse d'un montant inférieur, doit être examiné sous la maxime que les institutions de prévoyance sont libres de définir le contenu contractuel en matière de prestations délimité par l'article 49, alinéa 2, LPP, à condition toutefois de respecter certains principes constitutionnels (comme par ex. celui de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou de la proportionnalité; ATF 115 V 100, consid. 4b, SZS 200 p. 142, consid. 6, 1991, p. 203). Ce principe interdit de contraindre les institutions de prévoyance –également dans le domaine de la prévoyance plus étendue- de verser des rentes d'invalidité après l'âge de la retraite, en l'occurrence des rentes de vieillesse dont le montant est équivalant à celui de la rente d'invalidité octroyée avant l'âge-terme de la vieillesse.

Le législateur a par ailleurs volontairement précisé dans le cadre de la 1ère révision LPP à l'article 49, alinéa 1, LPP que : «Elles (les institutions de prévoyance) peuvent prévoir dans le règlement que les prestations qui dépassent les dispositions légales minimales ne soient versées que jusqu'à l'âge de la retraite.».

465 Encouragement à la propriété du logement – caractère semi-impératif du délai de 3 ans avant la naissance du droit aux prestations de vieillesse et interprétation de la notion de « naissance du droit aux prestations de vieillesse »

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 18 mai 2004 dans la cause CP T., 2A.509/2003 ; arrêt en français)

(Art. 30c al. 1 LPP)

Dans un arrêt du 18 mai 2004, le Tribunal fédéral a retenu que le délai de trois ans institué par l'art. 30c al. 1 LPP est bien de droit semi-impératif. Par voie de conséquence, les caisses de pensions sont autorisées à réduire ce délai, voire même le supprimer totalement, à condition qu'elles soient en mesure d'offrir la garantie qu'elles peuvent remplir en tout temps leurs engagements conformément à l'art. 65 al. 1 LPP.

Dans le cadre de cet arrêt, le Tribunal fédéral a également examiné les termes de « naissance du droit aux prestations de vieillesse » et a considéré que lorsque le règlement d'une institution de prévoyance subordonne l'accession à la retraite anticipée à une déclaration de volonté de la part des assurés qui en remplissent les conditions, le cas de prévoyance vieillesse ne survient pas dès que les assurés atteignent l'âge réglementaire minimum de la retraite mais seulement lorsqu'ils font effectivement usage de ce droit. Il n'y a dès lors pas lieu de priver d'une prestation de libre passage les assurés dont les rapports de services prennent fin alors qu'ils ont déjà atteint l'âge réglementaire minimum ouvrant le droit aux prestations de vieillesse, mais qu'ils n'ont pas fait usage de ce droit (cf. arrêt B 38/00 du 24 juin 2002). Fixer le terme limite en fonction de l'âge réglementaire minimum de la retraite reviendrait, pour les assurés prenant la retraite à 65 ans, à rallonger singulièrement le délai institué à l'art. 30c al. 1 LPP. En l'espèce, cela contraindrait les assurés à requérir un versement anticipé au plus tard à 54 ans, soit onze ans avant l'âge terme réglementaire et ordinaire. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il serait contraire à la volonté du législateur visant à encourager l'accession à la propriété du logement de

priver des assurés de toute prestation anticipée pendant la période de leur vie professionnelle entre 54 et 62 ans.

466 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP et gestion paritaire

(Référence aux arrêts du TFA du 26 août 2004, causes B., B 49/04 et 50/04 ; arrêts en français)

(Art. 51, 73 et 74 LPP)

X a ouvert action devant le Tribunal administratif du canton de Fribourg contre son ex-employeur Y, en lui reprochant d'avoir violé l'art. 51 LPP relatif à la gestion paritaire dans les organes de la fondation collective auprès de laquelle Y était affilié. Pour ce motif, X contestait « toutes les décisions, y compris les décisions financières prises dans le cadre de la Commission de gestion paritaire, qui n'en est pas une au sens juridique, depuis son entrée dans la caisse le 1er mars 1996 » et il concluait à ce qu'Y lui rétrocède sur son compte de prévoyance « la somme de la différence des intérêts réellement réalisés moins la somme des intérêts qui avaient été réellement versés, ceci pendant toute la durée de son affiliation à cette caisse de prévoyance, vu que les sommes qui ont été ponctionnées pour couvrir autre chose que les intérêts l'ont été sans l'accord du personnel ». De plus, comme son contrat de travail avait été résilié, X réclamait au titre de dommages-intérêts « la somme manquante actuellement dans son actuel fonds de prévoyance ». X a aussi conclu à ce qu'Y verse à l'institution de prévoyance les contributions correspondantes pour la prévoyance professionnelle en relation avec une indemnité fixée par le Tribunal des Prud'hommes. Le Tribunal administratif a déclaré irrecevable l'action de X.

Le tribunal de l'art. 73 LPP n'est pas compétent pour se prononcer sur une violation alléguée de l'obligation de consulter l'organe paritaire, en vertu de l'art. 51 al. 5 LPP (ATF 119 V 195). Les griefs à l'encontre d'un bon fonctionnement de la gestion paritaire selon l'art. 51 LPP – en particulier en ce qui concerne la désignation des représentants des assurés – ne sont certainement pas de nature à entraîner la nullité des dispositions prises par l'institution de prévoyance. C'est à l'autorité de surveillance – d'office ou sur requête d'un intéressé – de prendre les mesures appropriées et l'autorité compétente selon l'art. 74 LPP pourra être saisie, le cas échéant.

En l'espèce, X a critiqué le fait que le représentant du personnel au sein de l'institution de prévoyance n'avait pas été élu « par ses pairs ». X n'a jamais prétendu que le montant de sa prestation de sortie a été calculé de manière contraire au règlement ou encore que l'institution de prévoyance a violé des dispositions matérielles du règlement ou les principes généraux dans la perception des cotisations. Il s'agit donc d'un litige qui porte principalement sur un contrôle abstrait de normes de procédure et qui relève donc de l'autorité de surveillance et non du tribunal de l'art. 73 LPP. C'est pourquoi, la conclusion de X concernant la gestion paritaire est irrecevable.

La conclusion de X en dommages-intérêts est, elle aussi, irrecevable devant le tribunal de l'art. 73 LPP (ATF 120 V 30 consid. 3 ; SVR 1994 BVG n° 2 p. 6 consid. 4c ; RSAS 1993 p. 161 consid. 6; arrêt P. du 15 mars 2000 dans la cause B 36/99). Par contre, la conclusion de X concernant le versement de contributions par l'employeur est recevable

sur la base de l'art. 73 LPP, car elle relève spécifiquement de la prévoyance professionnelle (ATF 129 V 320).

467 Les autorités de surveillance LPP disposent d'un pouvoir d'appréciation considérable, en particulier lorsqu'elles ordonnent des mesures basées sur le droit de surveillance.

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 14.08.03 dans la cause PK X., 2A 395/02 ; arrêt en allemand)

(Art. 62, al. 1, let. d, art. 71, al. 1, LPP)

Dans la présente affaire, le Tribunal fédéral (TF) a dû notamment examiner si toutes les mesures basées sur l'art. 62, al. 1, let. d, LPP que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ordonne en tant qu'autorité de surveillance LPP doivent être spécialement mentionnées dans la loi.

Le TF considère que ni la loi, ni les ordonnances n'énumèrent exhaustivement les mesures qui peuvent être ordonnées par l'autorité de surveillance. De plus, l'autorité de surveillance dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable, cela d'autant plus que cette tâche exige des connaissances spécialisées dont dispose précisément cette autorité. C'est pourquoi, le TF n'examine qu'avec retenue de telles mesures et il n'est pas nécessaire que chaque mesure ordonnée soit prévue par un arrêté. Selon le TF, ce sont les principes généraux du droit qui sont déterminants (notamment la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'égalité de traitement) ainsi que l'obligation juridique inhérente à l'institution de prévoyance d'administrer sa fortune conformément aux dispositions légales et réglementaires et de garantir la sécurité de celle-ci. Il faut donc que l'autorité de surveillance dispose de moyens de contrôle suffisants pour s'assurer du respect de ces principes. La forme juridique que revêt l'institution de prévoyance ne joue aucun rôle.

Les institutions de prévoyance sont libres d'adopter le régime de prestations et le mode de financement et l'organisation qui leurs conviennent. L'autorité de surveillance a pour tâche d'examiner si celles-ci respectent les prescriptions légales (art. 62, al. 1, LPP). Selon le TF, il va de soi que les dispositions d'ordonnance font aussi partie des « prescriptions légales » (consid. 3.2). Le non-respect des dispositions d'ordonnance équivaut donc à une violation de la loi.

Comme les frais administratifs (frais de publicité, courtage, etc.) sont inhabituellement élevés en l'espèce, c'est à juste titre que l'autorité de surveillance a exigé de l'institution de prévoyance qu'elle complète ses dispositions réglementaires, qui sont très lacunaires sur ce point, et qu'elle l'informe sur le montant de ces frais ainsi que sur les mesures de surveillance.

468 Indépendance de l’expert

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 2004 dans la cause CP V., arrêt en français)

(Art. 53 LPP, 34 et 40 OPP 2)

Même si l'expert agréé n'est pas soumis aux critères imposés à l'organe de contrôle par l'art. 34, let. b à d, OPP 2, cela ne signifie pas pour autant qu'il faille le considérer comme indépendant au sens de l'art. 40 OPP 2 quelles que soient les circonstances.

L'expert agréé doit d'abord, à l'instar de l'organe de contrôle, être rigoureusement indépendant de l'institution de prévoyance elle-même. En particulier, il ne saurait être son employé. En effet, l'expert doit conserver une certaine autonomie vis-à-vis de l'employeur, dont les intérêts peuvent se trouver en conflit tant avec ceux des assurés qu'avec ceux de l'institution de prévoyance elle-même. Dans le même sens du reste, l'expert ne saurait être soumis aux instructions de la société de réassurance, cas échéant, quand bien même un tel lien n'est pas expressément exclu par les art. 34 ou 40 OPP 2.

Erratum

Bulletin n° 75, ch. 445, page 75

Par rente en cours au sens de l'al. 3, il faut entendre une rente dont le droit est né avant le 1.1.05. Le début de la rente ne dépend pas du versement, mais de sa naissance. On applique à ce sujet les règles de la prescription des droits par analogie. Il y a lieu de se fonder sur la décision AI (= début du droit à la rente). Dans cette hypothèse, si en cas de révision, le degré d'invalidité diminue à partir du 1.1.07 (par exemple : de 70% à 67%), on garde la rente entière et on ne verse pas 3/4 de rente. En revanche, si le degré d'invalidité augmente de 50% à 67%, on versera 3/4 de rente et non pas une rente entière.

Jusqu’au 31.12.06, les quarts et trois quarts de rente n’existeront pas dans la LPP. Dès lors pour les rentes courantes ainsi que pour les rentes nées dans cette fourchette de deux ans, on ne versera pas de trois quarts de rentes ni de quarts de rente et si le degré d’invalidité diminue jusqu’à 66 2/3%, on maintiendra l’ancienne rente entière. D’autre part, si, durant la période de deux ans, un assuré invalide touché ¼ de rente AI, il n’a pas droit à ¼ de rente LPP, et ce même après l’écoulement du délai de 2 ans.

Par ailleurs, l’interprétation de cette disposition transitoire ayant soulevé de nombreuses questions, un tableau résumant différents cas de figure est annexé au présent bulletin.

Annexe

- Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

- Tableau synoptique

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

BSV / OFAS / UFAS /

	2004		2005	
Age de la retraite LPP :	**62 ans** (femmes nées en 1942); **65 ans** (hommes nés en 1939)	**63** ans (femmes nées en 1941, soumises à la loi s/cont.[1])	**65** ans (hommes, nés en 1940)	**63** ans[2] (femmes, nées en 1942)
1. Rente de vieillesse annuelle de l'AVS				
minimale	12'660		12'900	
maximale	25'320		25'800	
2. Salaire annuel des actifs				
Seuil d'entrée; salaire minimal	25'320		19'350	
Déduction de coordination	25'320		22'575	
Salaire maximal formateur de rente LPP	75'960		77'400	
Salaire coordonné minimal	3'165		3'225	
Salaire coordonné maximal	50'640		54'825	
3. Avoir de vieillesse (AV)				
Taux d'intérêt minimal LPP	2,25%		2,5%	
AV min. à l'âge de retraite LPP	12'361	12'490	13'125	13'251
en % du salaire coordonné	390,6%	394,6%	407,0%	410,9%
AV max. à l'âge de retraite LPP	197'686	199'719	210'492	212'497
en % du salaire coordonné	390,4%	394,4%	383,9%	387,6%
4. Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée (BCU)				
Limite inf. du salaire pour les bonifications compl. uniques	10'200		Abrogées dès le 1.1.2005	
– Montant min. correspondant de l'AV à l'âge de retraite LPP	39'876	40'296		
Limite sup. du salaire pour les bonifications compl. uniques	20'400			
– Montant max. correspondant de l'AV à l'âge de retraite LPP	79'752	80'592		
5. Rentes annuelle de vieillesse (personne née en décembre) et expectatives de survivants du rentier resp. de la rentière				
Taux de conversion de la rente à l'âge de la retraite LPP	7,2%	> 7,2%	7,15%	7,2%
Rente min. à l'âge de la retraite LPP (dès le 1.1.2005, sans BCU[3])	1'780	1'799[4]	938	957
– en % du salaire coordonné	56,2%	56,8%	29,1%	29,7%
Rente min. expectative de veuve, de veuf dès le 1.1.2005 [3]	1'068	–	563	574
Rente min. expectative d'orphelin [3]	356		188	191
Rente max. à l'âge de la retraite LPP	14'233	14'380[4]	15'050	15'300
– en % du salaire coordonné	28,1%	28,4%	27,5%	27,9%
Rente max. expectative de veuve, de veuf dès le 1.1.2005	8'540	–	9'030	9'180
Rente max. expectative d'orphelin	2'847		3'010	3'060
6. Versement en espèces des prestations				
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	17'500		18'000	17'900
7. Adaptation au renchérissement des rentes de risque LPP avant la retraite				
pour la première fois après une durée de 3 ans	1,7%		1,9%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	–		1,4%	
après une durée supplémentaire de 1 an	–		0,9%	
8. Cotisations au Fonds de garantie				
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,06%		0,07%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,04%		0,03%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	113'940		116'100	
9. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage				
Salaire journalier minimal	97,25		74,30	
Déduction de coordination journalière	97,25		86,70	
Salaire journalier maximal	291,70		297,25	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	12,15		12,40	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	194,45		210,55	
10. Montants-limites non imposables du pilier 3a des actifs				
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	6'077		6'192	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	30'384		30'960	

1 loi s/cont. : loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la prévoyance prof. du 23.03.01, caduque dès le 1.1.2005.

2 En 2005, l'âge de la retraite des femmes est relevé à 64 ans mais aucune ne l'atteint à cet âge cette année car les précédentes générations sont déjà en retraite.

3 Dès le 1.1.2005, sans BCU mais l'institution de prévoyance règle le financement des prestations minimales.

4 Valeur inférieure qui doit être dépassée puisque le taux de conversion doit être adapté en conséquence selon l'art. 13 al. 2 LPP.

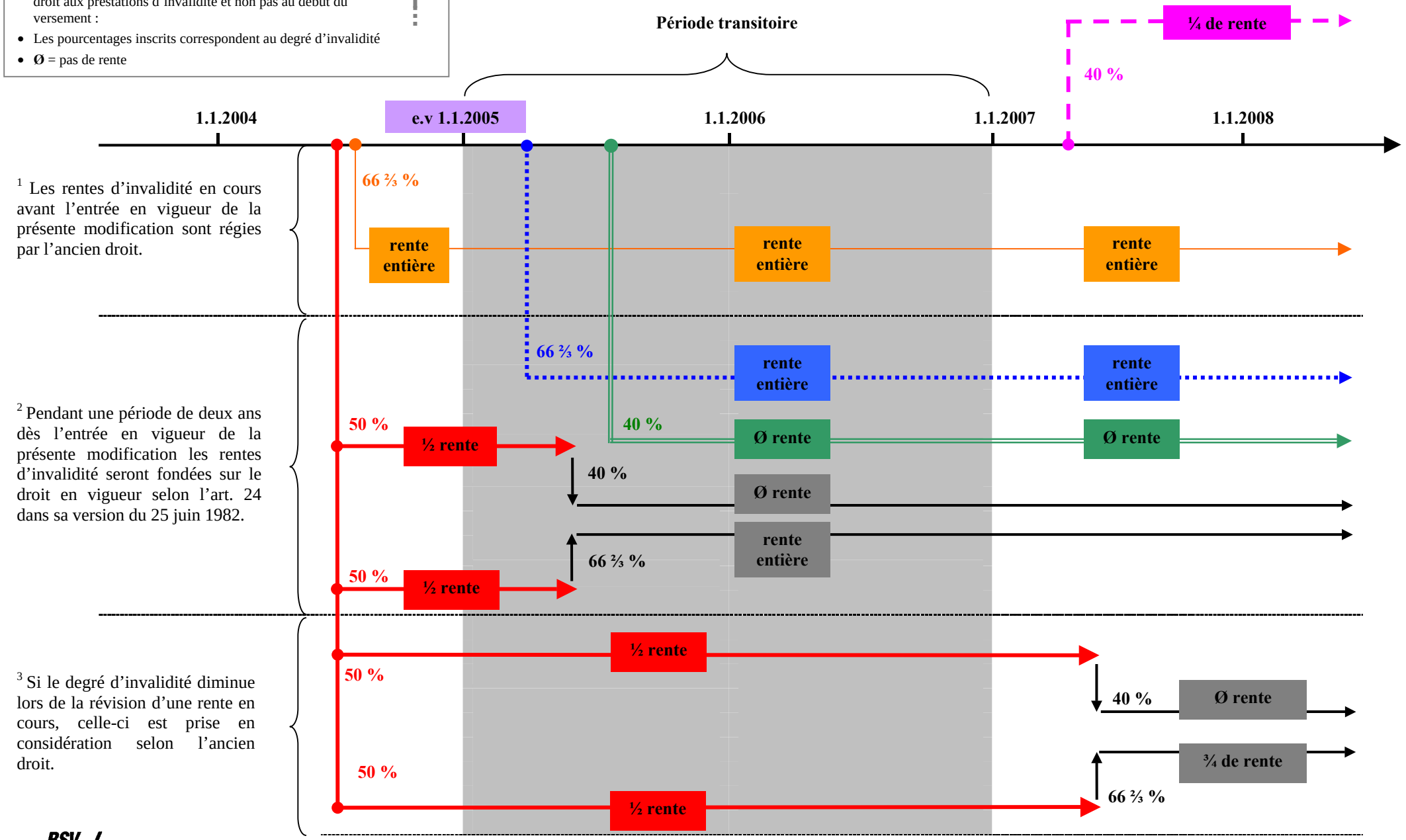
Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

BSV / OFAS / UFAS /

Brève explication des chiffres repères :	**art.** (plus valables en 2005)
1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS 34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur au salaire minimal annuel (= déduction de coordination jusqu'en 2004) sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit leur 17ème anniversaire et pour la vieillesse dès le 1er janvier qui suit leur 24ème anniversaire. Dès le 1.1.2005, le seuil d'entrée correspond aux ¾ de la rente AVS maximale, la déduction de coordination aux 7/8, le salaire coordonné minimal au 1/8 et le salaire coordonné maximal aux 17/8 de la rente AVS maximale.	2 LPP 7 al. 1 et 2 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 2 LPP 46 LPP
3. En 2004, la 1ère valeur est celle des femmes atteignant l'âge de retraite de 62 ans resp. celle des hommes atteignant 65 ans (âges de retraite légale LPP). La 2ème valeur est celle des femmes atteignant l'âge de retraite de 63 ans, selon la loi fédérale relative à la continuation de l'assurance des travailleuses dans la PP du 23.03.01[1]). En 2005, l'âge de retraite des femmes est relevé à 64 ans mais seules les personnes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative et sont alors âgées de 63 ans, peuvent atteindre la retraite. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'affiliation à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3,25% en 2003, de 2,25% en 2004, de 2,5% en 2005).	15 LPP 16 LPP 12 OPP2 13 al. 1 LPP 1 loi s/cont. [1] 62a OPP2
4. Selon l'article 11, 2e alinéa des dispositions transitoires complétant la Constitution fédérale, une protection minimale est accordée pendant une période de 10 à 20 ans pour la génération d'entrée de la prévoyance professionnelle (personnes qui ont plus de 25 ans et qui n'ont pas atteint l'âge de la retraite au 1.1.85). Dès le 1.1.2005, l'institution de prévoyance règle le financement des prestations minimales.	31, 32, 33 LPP 21 al. 2 OPP2 Brochure BCU 2004 21 al. 1 OPP2 Brochure BCU 2004
5. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale resp. maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal (jusqu'en 2004, y compris les bonifications complémentaires uniques) resp. toujours maximal. En 2004, valeur inférieure[4] qui doit être dépassée puisque le taux de conversion doit être adapté en conséquence selon l'art. 13 al. 2 LPP pour les femmes qui poursuivent leur activité lucrative jusqu'à 63 ans. La rente de veuve (de veuf dès 2005) s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque sont calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite. Pour les femmes, jusqu'en 2004, l'avoir de vieillesse est projeté jusqu'à l'âge de 62 ans ; dès 2005, il est projeté jusqu'à l'âge de 64 ans, nouvel âge de retraite.	14 LPP 62c OPP2 et dispo. transitoires let. a 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP 2 al. 2 loi s/cont. [1]
6. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve (de veuf dès 2005) et à 2 % pour la rente d'orphelin. Dès 2005, l'assuré peut demander le quart de son avoir de vieillesse LPP sous forme de capital.	37 al. 3 LPP 37 al. 2 LPP
7. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 62 ans pour les femmes (dès 2005, jusqu'à 64 ans) resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 al.1 LPP
8. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables.	14, 18 OFG 15 OFG 16 OFG 56 al. 1c, 2 LPP
9. Dès le 1.1.1997, les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al.3 LPP
10. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

Annexe : Tableau synoptique concernant la disposition transitoire f de la 1ère révision LPP

- Le point de départ des flèches correspond à la naissance du droit aux prestations d'invalidité et non pas au début du versement :
- Les pourcentages inscrits correspondent au degré d'invalidité
- Ø = pas de rente



[1] Les rentes d'invalidité en cours avant l'entrée en vigueur de la présente modification sont régies par l'ancien droit.

[2] Pendant une période de deux ans dès l'entrée en vigueur de la présente modification les rentes d'invalidité seront fondées sur le droit en vigueur selon l'art. 24 dans sa version du 25 juin 1982.

[3] Si le degré d'invalidité diminue lors de la révision d'une rente en cours, celle-ci est prise en considération selon l'ancien droit.

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PREVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 79

27 janvier 2005

Table des matières

Indications

469 Directives sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à l'article 11 LPP (CAIP)

470 1re révision LPP : les dispositions de l'ordonnance relatives au "paquet fiscal" mises en consultation

Prise de position de l'OFAS

471 Art. 65d, al. 2, let. b, LPP : Contribution d'assainissement à la charge des rentiers

472 Les bénéficiaires au sens de l'art. 20a LPP

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

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

05.038

Indications

469 Directives sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle conformément à l'article 11 LPP (CAIP)

Les nouvelles directives sur le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance professionnelle se fondent, comme mentionné en exergue, sur l'article 11 LPP et sont entrées en vigueur le 1er janvier 2005. Elles ont été adaptées à la teneur actuelle de cette disposition légale suite à la 1ère révision de la LPP, en particulier que selon le nouveau droit les autorités de surveillance ne prennent plus part au contrôle de l'affiliation de l'employeur à une institution de prévoyance enregistrée mais que cette tâche incombe dorénavant aux caisses de compensation AVS.

Pour ce qui est de la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution de prévoyance, le nouvel alinéa 3bis de l'article 11 LPP précise que l'employeur doit obtenir le consentement de son personnel ou, si elle existe, celui de la représentation des travailleurs. En outre, l'institution de prévoyance doit annoncer la résiliation du contrat d'affiliation à la caisse de compensation de l'AVS compétente. Etant donné que l'institution supplétive est chargée d'affilier d'office les employeurs qui ne se sont pas affiliés à une institution de prévoyance (art. 11, 6e al., LPP), il a été convenu, afin de simplifier la procédure, que, conformément au chiffre 2050 de ces directives, le contrôle de réaffiliation est confié directement à l'institution supplétive au nom des caisses de compensation.

Cette annonce de résiliation d'un contrat d'affiliation liant une institution de prévoyance à un employeur doit parvenir à l'institution supplétive dans un délai de 60 jours mais au plus tard 30 jours après l'échéance du contrat (cf. ch. 6010) à l'adresse suivante :

Fondation institution supplétive
Contrôle de réaffiliation
Case postale 8468
8036 Zürich

Le formulaire de l'annonce peut être obtenu à l'adresse mentionnée ci-dessus ou par son site internet www.aeis.ch. Il contient toutes les indications utiles pour permettre à l'institution supplétive de procéder au contrôle de la réaffiliation de l'employeur. Nous attirons également l'attention que toutes les résiliations de contrats doivent être annoncées à l'institution supplétive, indépendamment du motif de la résiliation. Sont donc aussi concernés les cas de résiliation en raison de la faillite de l'entreprise, de sorties de derniers assurés de la caisse ou lorsque les rentiers demeurent dans l'ancienne institution de prévoyance et que la caisse de prévoyance continue d'exister pour cette raison.

Ces directives peuvent être consultées sur le site internet de l'OFAS à l'adresse suivante: http://www.sozialversicherungen.admin.ch/storage/documents/1640/1640_1_fr.pdf ou on peut les commander à l'office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), Vente des publications fédérales, CH-3003 Berne, ainsi que sous http://www.bbl.admin.ch/fr/bundespublikationen/uebersicht/index.htm

470 1re révision LPP : les dispositions de l'ordonnance relatives au "paquet fiscal" mises en consultation

Le Conseil fédéral a mis en consultation les modifications d'ordonnance concernant le troisième et dernier train de mesures de la 1re révision de la LPP. La consultation durera jusqu'au 15 mars 2005. Ces modifications, qui concernent la notion de prévoyance professionnelle et le rachat d'années d'assurance, ont des répercussions sur les déductions fiscales liées à la prévoyance professionnelle. Elles permettent en grande partie d'ancrer la pratique actuelle dans l'ordonnance et n'ont que peu de conséquences sensibles pour la majorité des assurés. L'ordonnance donne aux institutions de prévoyance le droit de proposer à leurs assurés différents plans de prévoyance. En revanche, un certain nombre de règles devraient empêcher que des assurés privilégiés tirent des avantages fiscaux excessifs de plans de prévoyance généreux ou de placements transitoires dans le 2e pilier, effectués uniquement dans le but de diminuer leurs impôts. Les nouvelles dispositions de l'ordonnance ont une importance particulière pour les cantons en raison de leurs répercussions fiscales. La troisième partie de la 1re révision de la LPP entrera en vigueur le 1er janvier 2006.

Équilibre entre souplesse et prévention des avantages fiscaux excessifs

Les principes désormais définis dans l'ordonnance sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) ont pour but de préciser le cadre de la prévoyance professionnelle. Il s'agit des principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et d'assurance qui, jusqu'à présent, étaient réglés en partie dans le droit fiscal. Par cette modification d'ordonnance, le Conseil fédéral accède d'un côté au souhait d'une plus grande souplesse dans la prévoyance professionnelle : les institutions de prévoyance pourront à l'avenir proposer trois plans de prévoyance au maximum à chaque groupe d'assurés et ainsi mieux s'adapter à leurs besoins et à leurs possibilités financières. L'autre objectif de cette modification est de séparer la prévoyance professionnelle, bénéficiant d'abattements fiscaux, de la prévoyance et de l'assurance privées. Cette délimitation vise à empêcher que des assurés parviennent à faire baisser leurs impôts de manière excessive grâce à des plans de prévoyance trop généreux, aboutissant à une surassurance et sortant du cadre de la prévoyance proprement dite.

Le Parlement ne voulait pas inscrire au niveau de la loi ces principes de la prévoyance professionnelle, qui se sont établis avec le temps dans la doctrine et la jurisprudence ; il avait donc demandé au Conseil fédéral de les ancrer dans l'ordonnance.

Celle-ci contient en outre deux nouvelles dispositions sur le rachat dans des cas particuliers. Pour les assurés étrangers qui n'ont jamais été assurés en Suisse, l'autorisation de racheter des années d'assurance sera limitée durant les premières années. Pour les personnes qui, en Suisse, n'ont jamais été assurées dans le 2e pilier et qui ont à la place constitué un pilier 3a important, une partie de cet avoir sera soustraite lors du calcul des rachats possibles dans le 2e pilier. Ces règles devraient permettre d'éviter des cas "d'optimisation fiscale" criante par le biais du 2e pilier.

En même temps, le Conseil fédéral a décidé que les règlements des institutions de prévoyance ne devaient pas autoriser de versement anticipé de l'avoir de vieillesse avant l'âge de 60 ans. Il s'agit donc de rendre plus rigoureuse une pratique déjà courante dans le cadre de l'examen et de l'approbation des règlements par les autorités de surveillance LPP, de manière à réduire au minimum les incitations à prendre une retraite anticipée.

La procédure de consultation durera du 15 janvier au 15 mars. Il est prévu que le Conseil fédéral approuve la version définitive de l'ordonnance encore avant les vacances d'été, afin que les cantons et les institutions de prévoyance puissent prendre les mesures nécessaires pour l'application des nouvelles dispositions dès le début de l'année 2006.

Les documents relatifs à la procédure de consultation sont disponibles sur le site internet de l'OFAS, à l'adresse suivante:

http://www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2005/f/05011201.htm

Prise de position de l'OFAS

471 Art. 65d, al. 2, let. b, LPP : Contribution d'assainissement à la charge des rentiers

Dans quelle mesure une rente du régime obligatoire ou surobligatoire peut-elle faire l'objet d'une réduction lorsqu'une institution de prévoyance prélève auprès des rentiers une contribution destinée à résorber le découvert (art. 65d, al. 3, let. b, LPP) ?

Pour éviter des difficultés dans l'application de l'art. 65d, al. 3, let. b, LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005, et faciliter la compréhension de cette disposition, nous expliquons ci-dessous quelle partie de la rente est toujours protégée, laquelle ne l'est qu'à certaines conditions et laquelle peut être réduite en cas de découvert.

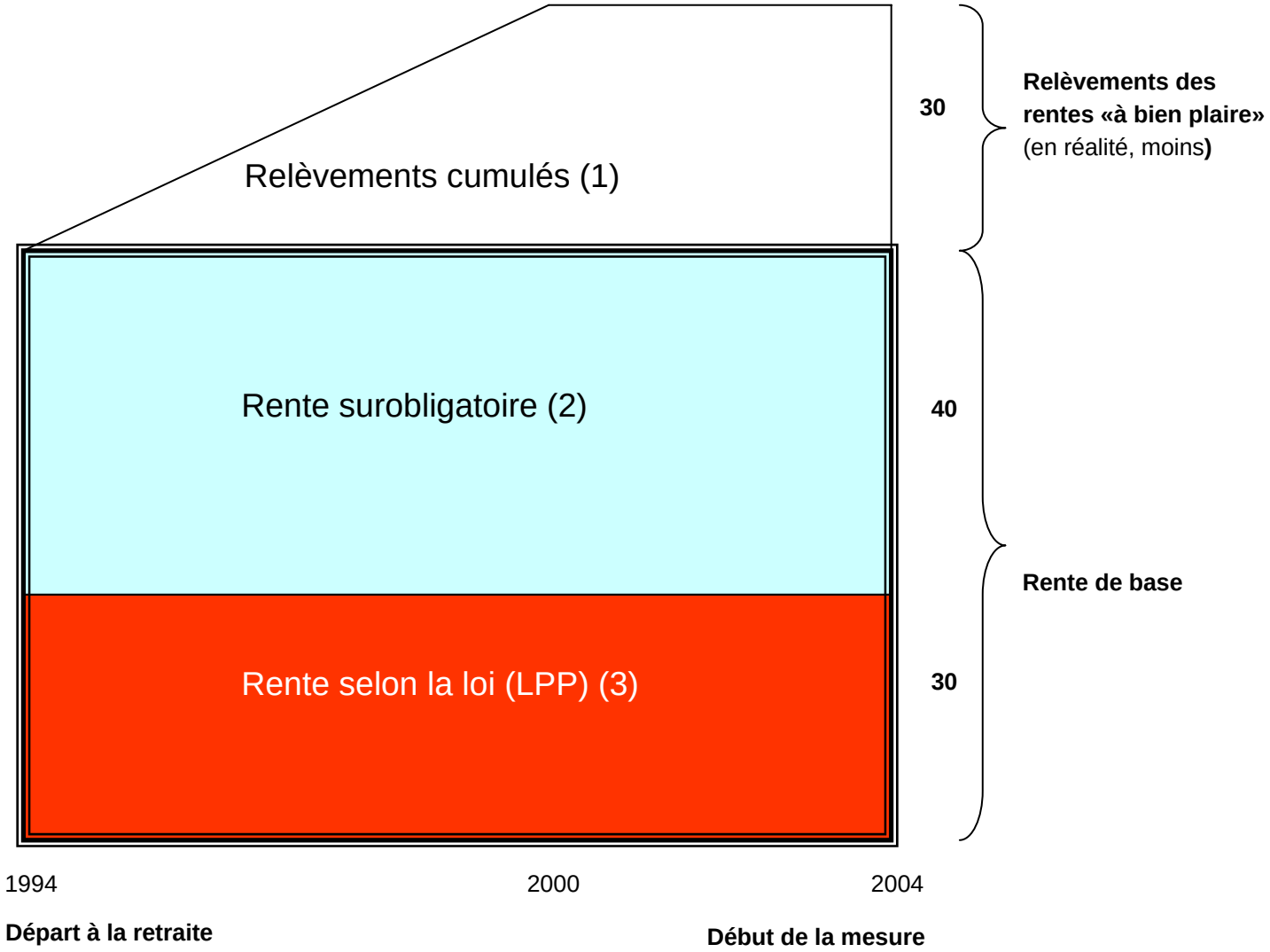
Est protégée la partie de la rente en cours qui correspond à la rente initiale, indépendamment du fait que cette dernière relève du régime obligatoire, pré-obligatoire ou surobligatoire, et qu'elle soit basée sur des dispositions légales ou réglementaires. Le montant de la première rente versée est garanti et ne peut donc pas être réduit par le prélèvement d'une contribution temporaire d'assainissement (art. 65d, al. 3, let. b, dernière phrase, LPP).

Est aussi protégée la partie de la rente correspondant à la somme des indexations prescrites par la *loi*. Par conséquent, il n'est pas possible de toucher aux indexations successives depuis le début du versement de la rente en ce qui concerne les rentes de survivants et d'invalidité (cf art. 36, al. 1, LPP).

N'est protégée qu'à certaines conditions la partie de la rente résultant des adaptations successives octroyées durablement sur une base réglementaire. Il s'agit généralement d'adaptations garanties sous forme d'indexation de la rente. Cette partie de la rente ne peut faire l'objet d'une contribution temporaire d'assainissement que si le règlement garantissant cette adaptation contenait une clause sur les adaptations et les assainissements (le plus souvent au moment du départ à la retraite). En l'absence d'une telle clause, cette partie de la rente sera elle aussi « intouchable ». Il y a également une autre restriction: seule la partie de la rente correspondant aux augmentations successives des dix dernières années peut faire l'objet d'une contribution d'assainissement. En d'autres termes, une adaptation de rente accordée durablement 11 ans avant le début de la mesure fait toujours partie intégrante de la rente à verser.

La partie de la rente résultant des augmentations octroyées « à bien plaire » (c'est-à-dire ni prescrites par la loi ni garanties) n'est pas protégée et peut donc faire l'objet d'une éventuelle réduction temporaire. Il s'agit là de prestations facultatives, le plus souvent sous forme d'augmentations de la rente en cours (en %) durant les dix années avant le début de la mesure d'assainissement. Les adaptations accordées en fonction des possibilités financières font aussi partie des augmentations de rente « à bien plaire » (cf. art. 36, al. 2 et 4, LPP).

Art. 65d, al. 2, let. b, LPP
Contribution d'assainissement à la charge des rentiers
(réduction temporaire des rentes)



1) Fr. 30.-- réduction temporaire de la rente possible sans clause (si le relèvement n'est prévu ni par la loi ni par le règlement)
2) Fr. 40.-- pas de réduction possible
3) Fr. 30.-- pas de réduction possible

~~Fr. 100.--~~ = montant mensuel de la rente en cours

472 Les bénéficiaires au sens de l’art. 20a LPP

L’art. 20a, introduit par la 1re révision de la LPP, est entré en vigueur le 1er janvier 2005. Le but principal de cet article est :

- de poser les bases légales permettant à toutes les institutions de prévoyance d’améliorer la prévoyance des partenaires non mariés dans la prévoyance surobligatoire;
- d’unifier les pratiques cantonales quant à l'examen de dispositions réglementaires en faveur des concubins;
- d'améliorer la prévoyance des concubins.

Selon l’ancien droit, les partenaires non mariés n’avaient pas droit à des prestations de survivants dans la prévoyance obligatoire. Toutefois, les institutions de prévoyance pouvaient verser volontairement de telles prestations dans le cadre de la prévoyance plus étendue. Le versement de ces prestations n’était limité que dans la mesure fixée par la circulaire n°1a de 1986 émise par l’Administration fédérale des contributions.

Désormais, les règlements des institutions de prévoyance pourront également prévoir des prestations en faveur des partenaires non mariés si les conditions fixées l'art. 20a LPP sont remplies.

L'interprétation de cette nouvelle disposition à suscité de nombreuses questions. Comme les travaux parlementaires ne permettent pas d'y répondre, il nous paraît utile d'apporter quelques précisions dans le présent bulletin.

L’art. 20a LPP s’applique aux prestations de survivants, qu'elles soient servies sous forme de rentes ou de capital-décès

Une institution de prévoyance peut traiter ces deux formes de prestations indépendamment l’une de l’autre. Mais dans la plupart des cas, un capital en cas de décès est octroyé subsidiairement aux rentes dans la mesure où ce capital n’est pas entièrement absorbé pour le versement des rentes. Les institutions de prévoyance ont une entière liberté quant à leur organisation et quant à la manière de régler le financement de leurs prestations. Il convient de respecter absolument ce principe lorsqu’il s’agit d’interpréter l’art. 20a LPP.

Les orphelins et le conjoint survivant ont droit en premier lieu à des prestations de survivants conformément à la LPP

Ce droit aux prestations est impératif et l’on ne peut s’en écarter. Cela n’exclut pas pour autant qu’une institution de prévoyance puisse, suite au décès de l'un de ses assurés, verser en parallèle des prestations de survivants conformément à la LPP et des prestations en application de l'art. 20a (sous forme de capital ou de rente). Cela signifie par exemple que l'institution de prévoyance peut servir des prestations de survivants selon les art. 19 et 20 LPP au conjoint survivant et aux orphelins et attribuer un capital-décès au partenaire survivant.

En revanche, les survivants selon les art. 19 et 20 LPP auront toujours droit au moins aux prestations minimales selon la LPP. En outre, l'institution de prévoyance ne peux pas octroyer des prestations en faveur du partenaire survivant sur la base de conditions plus fa-

vorables que celles qui sont prévues pour les prestations de conjoint survivant. Par conséquent, le partenaire survivant ne peut pas être favorisé par rapport au conjoint survivant.

L'institution de prévoyance qui entend servir des prestations conformément à l'art. 20a LPP doit respecter la cascade et ne peut l'élargir

Une institution de prévoyance ne peut pas prévoir des prestations de survivants seulement pour les personnes désignées par la lettre b et pas pour les personnes désignées par la lettre a. Elle doit respecter la cascade instaurée par l'art 20a, al. 1 let. a à c ainsi que l'ordre fixé par l'art. 20a LPP entre les différents groupes de bénéficiaires. C'est seulement en l'absence de bénéficiaires selon la lettre a que des prestations de survivants pourront être versées à un bénéficiaire selon la lettre b et c'est uniquement en l'absence de bénéficiaires selon les lettres a et b que des prestations pourront être versées aux bénéficiaires de la lettre c.

Vu l'absence de précisions dans les travaux parlementaires à ce sujet, l'OFAS est cependant d'avis que :

- l'institution peut laisser à l'assuré la possibilité de désigner indifféremment un des bénéficiaires parmi les lettres a, b ou c si elle respecte la cascade instaurée par l'art. 20a LPP et si son règlement le prévoit;
- l'institution n'est pas obligée de reprendre la cascade en entier et pourrait par exemple ne prévoir des prestations qu'en faveur des bénéficiaires selon les lettres a et b et ainsi exclure les bénéficiaires selon la lettre c.

L'institution de prévoyance (IP) peut prévoir un ordre de priorité lorsqu'il y a concurrence entre les bénéficiaires d'un même groupe

A l'intérieur même d'un groupe désigné par une des lettres a à c, l'institution de prévoyance peut prévoir un ordre de priorité. Dans ses dispositions réglementaires, l'institution de prévoyance pourrait donc prévoir de servir des prestations de survivants uniquement aux personnes qui étaient à la charge du défunt et non pas à la personne qui a formé avec ce dernier une communauté de vie (groupe de bénéficiaires selon la lettre a). A défaut de dispositions réglementaires idoines, l'OFAS est d'avis qu'il faut alors procéder au partage par tête, en attribuant des parts égales aux différents bénéficiaires d'un même groupe.

L'institution de prévoyance (IP) ne peut pas fixer de conditions plus restrictives que celles déterminées par l'art. 20a LPP

Il est contraire au texte de l'art. 20a, al. 1, let. a, de fixer comme conditions cumulatives une communauté de cinq ans et l'entretien d'enfant(s). Selon le Message du Conseil fédéral sur la 1re révision LPP, « les règlements de institutions de prévoyance pourront également prévoir l'octroi de telles prestations lorsque les partenaires ont, immédiatement avant le décès, formé une communauté de vie de cinq ans au moins sans interruption ou lorsqu'il faut subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs » (FF 2000 p. 2541, chiffre 2.9.6.3). Il s'agit donc de conditions alternatives, et non pas cumulatives. De même, les institutions de prévoyance ne peuvent pas fixer d'autres conditions que celles qui sont prévues par l'art. 20a LPP. Des conditions trop difficiles à remplir en pratique permettraient en effet aux institutions d'éluder l'art. 20a, al. 1, let. a et par voie de conséquence de ne pas respecter la cascade prévue par cet article.

Par contre, il est admissible d'exiger une communauté de vie de dix ans, car l'art. 20a parle d'une communauté de vie « d'au moins cinq ans » ou de ne prévoir des prestations que pour les personnes qui doivent subvenir à l'entretien d'un ou plusieurs enfants communs, indépendamment de la durée de la communauté de vie.

L'art. 20a, al. 2 ne s'applique pas si le bénéficiaire a perçu une allocation unique en vertu de l'art. 19, al. 2, LPP

L'objectif de l'art. 20a, al. 2, LPP, est d'empêcher qu'une personne qui perçoit déjà une rente de veuve ou de veuf en raison d'un autre cas de prévoyance puisse recevoir en plus une rente de conjoint survivant. Cette règle ne doit pas s'appliquer si le bénéficiaire a perçu une allocation unique en vertu de l'art. 19, al. 2, LPP.

L'OFAS part en outre du principe que cette disposition peut s'appliquer par analogie si une personne perçoit déjà des prestations de concubin survivant sous forme de rente.

L'ordre des bénéficiaires selon l'art. 2 OPP 3 lie le preneur de prévoyance

En vertu de l'art. 2, al. 2 OPP 3, le preneur de prévoyance ne peut pas déroger à l'ordre des bénéficiaires institués par l'al. 1, let. b, ch. 1 et 2 ni exclure l'un d'entre eux. Il a uniquement la possibilité de modifier l'ordre des bénéficiaires selon les ch. 3 à 5, à savoir, les parents, les frères et sœurs et les autres héritiers.

L'assuré ne peut pas déroger à l'ordre des bénéficiaires institué par l'art. 15 OLP

L'ordre des bénéficiaires prévu par l'art. 15 OLP doit être respecté. Cela signifie que si l'assuré fait usage de la possibilité prévue à l'art. 15, al. 2 OLP, à savoir qu'il peut préciser dans le contrat les droits de chacun des bénéficiaires et inclure dans le cercle des personnes défini à l'al. 1, let. b, ch. 2, celles qui sont mentionnées au ch. 2, il ne peut exclure totalement un des bénéficiaires du ch. 1 en réduisant sa part à néant. Par exemple, si l'assuré entend inclure la personne qui avait formé avec lui une communauté de vie d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès dans le cercle des survivants au sens des art. 19 et 20 LPP, à savoir le conjoint survivant et les orphelins.

De même, si l'assuré n'inclut pas des personnes mentionnées à l'al. 1, let. b, ch. 2, mais fait uniquement usage de la possibilité de préciser la part de chacun des bénéficiaires mentionnés au chiffre 1 de cette même disposition (survivants au sens des art. 19 et 20 LPP), l'OFAS est d'avis que dans ce cas également, il n'est pas possible de réduire la part d'un des bénéficiaires à néant. Ainsi, l'assuré ne pourra pas exclure le conjoint survivant au profit des orphelins et vice versa.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 80

22 mars 2005

Table des matières

Prise de position de l'OFAS

473 Liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance et application de la loi sur la fusion dans le cadre d'un transfert de patrimoine (art. 53b et ss LPP ; art. 98 Lfus)

474 Ouverture d'un compte courant auprès de l'employeur lorsque celui-ci est une banque

Erratum Bulletin de la prévoyance professionnelle no 74

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

Prise de position de l'OFAS

473 Liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance et application de la loi sur la fusion dans le cadre d'un transfert de patrimoine

(art. 53b et ss LPP ; art. 98 Lfus)

La liquidation partielle des institutions de prévoyance est régie par le nouvel article 53b LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005 à la suite de la 1ère revision de la LPP. Cette disposition reprend les conditions de la liquidation partielle telles qu'elles figuraient dans l'ancien article 23, 4e alinéa, LFLP, mais elle introduit comme élément nouveau qu'il n'appartient plus aux autorités de surveillance LPP de décider si les conditions d'une liquidation partielle sont remplies ou non. C'est dorénavant à l'institution de prévoyance de préciser dans son règlement les modalités d'application d'une liquidation partielle ainsi que la procédure à suivre. L'autorité de surveillance, à ce stade, n'est donc plus mise à contribution et ce n'est que lorsque des assurés ou des bénéficiaires de prestations contestent une mesure que cette dernière doit se prononcer en rendant une décision conformément à l'article 53d, 6e alinéa, LPP.

La liquidation partielle d'une institution de prévoyance implique, en principe, le transfert partiel d'un patrimoine de prévoyance d'une institution de prévoyance à une autre, et, en particulier, ces transferts peuvent être fréquents lorsqu'un employeur résilie le contrat d'affiliation qui le lie à une fondation de prévoyance collective pour aller dans une autre caisse. Il se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure il y a lieu d'appliquer la loi sur la fusion (LFus). En effet, les articles 98, resp. 69 à 77 Lfus, prévoient une réglementation particulière régissant le transfert de patrimoine lorsque des institutions de prévoyance sont impliquées.

Pour répondre à cette question, il y a lieu de rappeler brièvement les principales caractéristiques de la LFus:

- La LFus est une loi générale qui n'a pas pour conséquence de rendre caduques d'autres normes fédérales qui sont en concours avec elle, mais elle doit être considérée comme un instrument qui vient les compléter;
- Un sujet de droit, comme une institution de prévoyance, peut transférer tout ou partie de son patrimoine à un autre sujet de droit. Le transfert a lieu en un seul acte (uno actu) avec actifs et passifs, sans que d'autres règles de forme propres au transfert individuel doivent être respectées et, par conséquent, l'abandon des prescriptions de la succession à titre singulier;
- L'ensemble des éléments patrimoniaux à transférer doit faire l'objet d'un inventaire faisant partie intégrante du contrat de transfert (art. 70 et 71 LFus)[1];
- L'inscription au registre du commerce du contrat de transfert est nécessaire pour que ce dernier déploie ses effets (art. 73 LFus);

1 Par ailleurs, en vertu de l'article 70, 1er alinéa, LFus, ledit contrat doit être conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets incriminés. Pour les institutions de prévoyance, c'est donc l'organe paritaire, conformément à l'article 51 LPP, qui est compétent.

- Le transfert de patrimoine selon la LFus nécessite une manifestation de volonté expresse entre les parties concernées, en l'occurrence la conclusion d'un contrat de transfert qui doit revêtir la forme écrite, conformément à l'article 70, 2e alinéa, LFus.

Ce dernier point est particulièrement important. En effet, le transfert de patrimoine d'une institution de prévoyance à une autre ou à un autre sujet de droit repose sur une base facultative[2]. Ainsi, dans le cadre d'une liquidation partielle, il appartiendra aux institutions de prévoyance concernées de définir clairement le mode de transfert du patrimoine. Il n'est pas nécessaire de prévoir des dispositions particulières dans le règlement. Le transfert de fortune selon la LFus ne peut donc être ni supputé ou résulter d'une interprétation afin d'en définir la portée. A défaut de manifestation de volonté claire des parties, la LFus n'est pas applicable et le transfert ne peut s'opérer qu'à titre singulier. C'est le cas notamment lorsque le contenu du contrat de transfert est incomplet parce que, par exemple, un ou plusieurs éléments de fortune ne figurent pas dans l'inventaire, conformément à l'article 71, 1er alinéa, lettre b, LFus. Les éléments de la fortune qui ont fait l'objet de cet oubli, à défaut donc de manifestation de volonté expresse, doivent être transférés selon la succession à titre singulier.

La liquidation totale (art. 53c et art. 53d LPP) d'une institution de prévoyance n'implique pas nécessairement l'application impérative de la LFus. L'article 98 LFus ne fait en effet aucune distinction selon qu'il s'agisse d'une liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance. Les considérations ci-devant, en particulier l'application facultative de la LFus, valent donc également dans le cadre de la liquidation totale. L'article 98, 3e alinéa, LFus ne fait que réserver l'approbation de l'autorité de surveillance LPP lorsque des dispositions particulières sont prévues pour le droit de la prévoyance professionnelle. En effet, en cas de liquidation totale, voire de contestation conformément à l'article 53d, 6e alinéa, LPP, deux autorités administratives différentes sont mises à contribution, en l'occurrence le registre du commerce selon la Lfus et l'autorité de surveillance en vertu de la LPP. L'une et l'autre ont cependant leurs tâches propres qui s'appliquent cumulativement, car le droit de la prévoyance et le droit civil sont des domaines distincts. Il appartient de toute évidence au registre du commerce et non aux autorités de surveillances LPP de vérifier si les modalités de transfert ont été respectées étant donné que ces dernières ressortissent exclusivement du droit civil (CO, CCS, Lfus)[3]. La réglementation LPP en matière de surveillance ne doit ainsi pas entrer en conflit avec les dispositions particulières régissant le transfert du patrimoine. Toutefois, il se peut que le registre du commerce approuve le transfert d'un patrimoine alors que l'autorité de surveillance ne s'est pas encore prononcée dans le cadre de la procédure de liquidation.

2 Cf. la formulation potestative à l'article 98, 1er alinéa, resp. 69, 1er alinéa, LFus. Il en va par ailleurs de même en cas de fusion entre institutions de prévoyance où le caractère facultatif prévaut (article 88, 1er alinéa, LFus).

3 Cette compétence ressort par ailleurs expressément de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC), en particulier qu'il appartient au préposé du registre du commerce de vérifier si les conditions prévues par la loi et l'ordonnance sont remplies (cf. art. 21 ORC).

En pareil cas, le transfert de patrimoine produit ses effets de droit civil en raison de l'inscription au registre du commerce, conformément à l'article 932, 2e alinéa, CO, indépendamment de la décision de l'autorité de surveillance[4].

Comme on peut le constater, la Lfus offre un outil précieux aux organes des institutions de prévoyance lorsqu'il s'agit de régler les modalités d'un transfert de fortune suite à une liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance. Les sujets de droit concernés peuvent librement déterminer quelle méthode de transfert est la plus appropriée dans les circonstances du cas concret. La LFus permet par conséquent de simplifier les tâches administratives des caisses de pensions dans l'intérêt des assurés et elle peut être considérée comme un complément indispensable dans l'application de la prévoyance professionnelle.

474 Ouverture d'un compte courant auprès de l'employeur lorsque celui-ci est une banque

Lorsque l'institution de prévoyance ou une fondation collective d'une banque dépose des fonds dans un compte courant auprès de la fondatrice qui se trouve être une banque, l'OFAS est d'avis qu'une telle situation ne s'apparente pas à un placement auprès de l'employeur tel que visé aux art. 57 et 58 OPP2, et ce à plus forte raison que l'art. 58 al. 2 let. a) OPP 2 réserve expressément le cas des banques.

Erratum Bulletin de la prévoyance professionnelle no 74

Le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 74 contient à la dernière page un "Erratum" relatif au Bulletin de la prévoyance professionnelle no 72 concernant l'article 57 OPP2: Placement auprès de l'employeur.

Cet Erratum doit être complété en ce sens qu'il y a également lieu de supprimer le commentaire pour l'article 59, 1er alinéa, OPP2: Extension des possibilités de placement. Ce commentaire est en effet sans objet étant donné qu'il se rapporte à une ancienne version de modification de l'OPP2, qui n'a pas été retenue par la suite. Nous prions nos lecteurs de bien vouloir nous excuser pour cet oubli.

Version internet

Dans la version internet, ce commentaire a été directement supprimé.

4 Inversément, l'autorité de surveillance LPP peut approuver la liquidation totale d'une institution de prévoyance, conformément à l'article 53c LPP, alors que le transfert du patrimoine n'a pas encore été inscrit au registre foncier. La décision de l'autorité de surveillance ne saurait dans une telle situation restreindre le pouvoir de cognition du registre foncier et, comme précédemment, le transfert ne devient effectif que par l'inscription au registre du commerce.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
Tél. 031 324 06 11
Fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO 81

du 22 avril 2005

EDITION SPÉCIALE

475 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

05.138

475 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales examine chaque année, selon l'art. 44a OPP 2, la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. Comme l'année dernière, il réalisera une enquête auprès des autorités de surveillance, qui ne portera toutefois que sur la situation des institutions de prévoyance présentant un découvert.

Cette enquête auprès des autorités de surveillance étant en principe exhaustive – toutes les institutions de prévoyance présentant un découvert sont prises en compte –, ses résultats ne seront connus que vers la fin de l'année. Mais toutes les parties concernées, comme les associations, les milieux politiques et économiques, et les autorités impliquées, souhaitent pouvoir évaluer la situation financière des institutions de prévoyance plus tôt dans l'année.

C'est pourquoi, comme l'année dernière, l'OFAS recommande de participer à l'enquête ci-jointe. Il s'agit du « Risk Check Up » réalisé chaque année par AWP Sécurité sociale, en collaboration avec la société Complementa Investment-Controlling SA. Cette analyse, fondée sur un relevé et des calculs standardisés, permet d'évaluer la capacité de risque des institutions qui fournissent des données. Les actifs et passifs sont analysés à la date du 31 décembre 2004, l'examen portant sur l'adéquation entre la structure de la fortune, ou le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles.

L'enquête sera d'autant plus représentative que les institutions participantes seront nombreuses. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration, afin que l'échantillon soit aussi représentatif que possible.

Vous pouvez également remplir le questionnaire sur ordinateur, en même temps que l'enquête de Swissca (un seul questionnaire). Des indications plus précises figurent le site suivant : http://www.swisscanto-pk-studie.ch/

Nous voudrions également remercier toutes les institutions de prévoyance qui ont déjà participé à cette enquête l'année dernière. Nous espérons que vous serez encore plus nombreux à fournir des informations cette année.

L'évaluation des résultats globaux sera adressée à tous les participants.

Les institutions participantes ont par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur propre situation. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par AWP Sécurité sociale.

Le questionnaire d'AWP ci-joint permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

AWP **Sécurité sociale**

SA de publications économiques

«Risk Check Up» pour caisses de pensions

Madame, Monsieur,

Les développements auprès de la Bourse affichent une tendance latérale et les intérêts sont bas. Il n'est guère possible d'établir le degré de couverture et de constituer des réserves. Un renforcement de la confiance à l'égard du 2e pilier est cependant impératif.

Cela signifie qu'une vue d'ensemble de la situation financière des caisses de pensions reste nécessaire. **L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) recommande de prendre part au «Risk Check Up»,** car ce sondage fournit une contribution essentielle à l'**information du Conseil fédéral, du Parlement et du public.**

Nous vous saurions dès lors gré de bien vouloir remplir le bref questionnaire. Au cas où vous auriez déjà complété celui de Swisscanto, vous serez automatiquement intégrés à notre sondage (cf. dernière page).

En répondant aux questions posées, vous profitez également en qualité de membre responsable d'un conseil de fondation. En effet, «lors du placement de la fortune», vous devez «veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance», comme le stipule l'**art. 50 OPP 2**. Partant, il est dans votre intérêt de **tester périodiquement la tolérance aux risques de votre caisse de pensions.** Le «Risk Check Up» vous fournit à cette fin un instrument approprié.

En coopération avec Complementa Investment-Controlling AG et l'Université de Saint-Gall, nous avons procédé, au cours des dix ans passés, à plus de 3'000 **évaluations individuelles** de la tolérance aux risques. Les actifs et les passifs font l'objet d'une analyse à une date de référence déterminée. L'examen porte sur la question de savoir si la composition actuelle du patrimoine et son potentiel de risques correspondent aux réserves existantes et si des **réserves de fluctuation suffisantes** sont disponibles. Vous apprenez également si votre caisse court le risque d'accuser un découvert et combien de temps il lui faudrait, le cas échéant, pour rétablir l'équilibre financier.

La participation au «Risk Check Up» est gratuite. L'évaluation des résultats globaux est adressée à tous les participants. Les abonnés d'AWP Sécurité sociale reçoivent en outre, gratuitement, une **évaluation succincte spécifique à leur caisse.** Les non-abonnés la reçoivent également en souscrivant à un abonnement à titre de dédommagement pour la sauvegarde de la protection des données (cf. dernière page).

Nous vous prions de bien vouloir envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2005 au plus tard** à l'adresse suivante:

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

AWP garantit la protection de vos données dans le cadre du secret de rédaction. Celles-ci seront codées et demeurent anonymes pour l'évaluation. En outre, l'**obligation de garder le secret** est, dans tous les cas, respectée en conformité avec l'art. 86 LPP. Toutes les données sont utilisées exclusivement à des fins d'examen; elles ne sont pas transmises à des tiers.

Par le biais du périodique *AWP Sécurité sociale*, nous vous maintenons informés des actualités. En outre, nous organisons, selon la situation et les besoins, des séminaires de perfectionnement afin de vous simplifier la pratique.

Dans votre intérêt comme dans celui de l'ensemble des caisses de pensions, nous souhaitons par conséquent vous inviter à prendre part au «Risk Check Up». D'avance, nous vous remercions, également au nom de l'OFAS, de votre concours.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos meilleures salutations.

AWP Sécurité sociale
Dr. Werner C. Hug
Complementa Investment-Controlling AG
Dr. Benjamin Brandenberger

Questionnaire "Risk Check Up"

1. Répartition de la fortune au 31.12.2004*

Code

* resp. pour la fin de votre exercice commercial 2004 (prière d'indiquer la date)

.....

1.1. Actif

		Valeurs sur le marché (seulement francs entiers)
Placements directs		
1101	Liquidités et placements à court terme (dépôts à terme inclus) auprès de banques, de la Poste et de compagnies d'assurance	.....
1102	Débiteurs, avoirs et prêts, comptes de régularisation actifs	.....
Placements auprès de l'employeur		
1103	Créances	.....
1104	Participations, actions de l'employeur	.....
Obligations et bons de caisse		
1105	Débiteurs suisses	.....
1106	Débiteurs étrangers en francs	.....
1107	en monnaies étrangères	.....
1108	Emprunts convertibles et à options	.....
Hypothèques		
1109	sur biens-fonds suisses	.....
1110	sur biens-fonds étrangers	.....
Actions et bons de participation*		
1111	Suisse (* sans Private Equity et Hedge Funds)	.....
1112	Etranger	.....
Biens-fonds, immeubles*		
1113	Suisse (* estimation approximative des valeurs sur le marché)	.....
1114	Etranger	.....
Placements alternatifs		
1115	Private Equity	.....
1116	Hedge Funds	.....
1117	Divers (par ex. métaux précieux et autres)	.....
Placements indirects		
1118	Prétentions, parts et participations dans des fondations et des fonds de placement, ainsi que dans des sociétés immobilières	.....
1119	**Total actif**	.....

Répartition de la pos. 1118 sur les pos. 1105 à 1117

105	.....
106	.....
107	.....
108	.....
109	.....
110	.....
111	.....
112	.....
113	.....
114	.....
115	.....
116	.....
117	.....
Mixte (placements OPP 2)	
118	.....

1.2. Passif

1211	Créanciers et autres passifs	.....
1212	Hypothèques passives	.....
1213	Corrections de valeurs et provisions	.....
1214	Réserve de l'employeur	.....
1215	Capital lié (capital de couverture resp. capital technique nécessaire)**	.....
	dont:	
	215.1 - Capital épargne/couverture actifs	
	215.2 - Capital couverture rentiers	
	215.3 - Réserves actuarielles	
1216	Fonds libres resp. découvert (pos. 1119 ./. pos. 1211 - 1215)	.....
1217	**Total passif (= position 1119)**	.....

213 dont corrections de valeurs sur titres (rés. fluct.) .....

Répartition de la position 1215

215.1	.....
215.2	.....
215.3	.....
= 1215	.....

** seulement capital lié sans fonds libres.
Dont minimum légal estimé (part engagements LPP): ..... %
A défaut d'un bilan actuariel pour 2004, prière d'indiquer une estimation du capital de couverture actuel.

©2005 Complementa Investment-Controlling AG Saint-Gall / Zurich, AWP Berne

2. Quel était le montant de la performance, pondérée dans le temps, sur le capital investi en moyenne (patrimoine total)?

Performance en %

1999	.....	2002	.....
2000	.....	2003	.....
2001	.....	2004	.....

3. A quelle performance votre caisse aspire-t-elle à long terme? ..... % par an

4. Quelle est la forme de primauté de vos rentes de vieillesse? (veuillez indiquer d'une croix ce qui convient)

❑ Primauté des prestations — Taux d'intérêt technique: ..... %

❑ Primauté des cotisations — Intérêt minimum réglementaire des avoirs de vieillesse: ..... %

5. Quel était, en 2004, le volume des cotisations annuelles que votre caisse de pensions a pu percevoir?

Fr. .....

6. Quel était, en 2004, le volume des paiements de rentes et des prestations de capital annuels que votre caisse de pensions a dû verser?

❑ Rentes Fr. ..... ❑ Capital Fr. .....

7. Quel était, en 2004, le montant des prestations de libre passage annuelles de votre caisse de pensions?

a) Paiements (entrants) de libre passage Fr. .....

b) Versements (sortants) de libre passage Fr. .....

8. Quel était, à fin 2003 (année précédente), le montant du capital lié (position 1215)?

Fr. .....

9. Y a-t-il eu, au cours de l'exercice commercial 2004, des modifications extraordinaires dans le capital lié (par ex. distribution de fonds libres, retraites anticipées extraordinaires, etc.)?

❑ Oui ❑ Non

Si oui, Fr. .....

10. Nombre d'assurés au 31.12.2004: Personnes actives .....
Bénéficiaires de rentes .....

11. A quelle branche votre entreprise patronale appartient-elle? (selon recensement fédéral des entreprises)

.....

12. Enregistrement de votre institution de prévoyance selon l'art. 48 LPP? Oui Non

13. Pour les caisses de pensions de droit public: existe-t-il une garantie de l'Etat? Oui Non

©2005 Complementa Investment-Controlling AG Saint-Gall / Zurich, AWP Berne

(glisser dans l'enveloppe à fenêtre)

Code				

Nous vous saurions gré de bien vouloir nous retourner le questionnaire, rempli, **aussi rapidement que possible**, car nous souhaitons procéder à une évaluation préliminaire encore avant les vacances d'été.
Veuillez en tous les cas envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2005 au plus tard à:**

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

Pour toutes questions, veuillez vous adresser à Complementa Investment-Controlling AG:

Michael Brandenberger
ou
Sue Widmer

Téléphone: 071 / 313 84 84
Fax: 071 / 313 84 86

- ❒ Nous sommes déjà ***abonnés*** *à AWP Sécurité sociale*. Nous recevons dès lors **gratuitement** l'évaluation succincte individuelle concernant notre caisse ainsi que l'analyse d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons une évaluation succincte individuelle de notre caisse, sous la sauvegarde de la protection des données, et souscrivons à un ***abonnement annuel*** *(Fr. 330.--, TVA incluse) pour AWP Sécurité sociale*. Le périodique publiera les résultats d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons uniquement le rapport gratuit concernant les résultats d'ensemble, et **renonçons** donc **à une évaluation individuelle de notre caisse**.
- ❒ Nous avons déjà rempli le **questionnaire de Swisscanto**. Le numéro enregistré est le suivant: ……..

Merci d'indiquer d'une croix ce qui convient.

Adresse de la caisse de pensions participante:

.....

.....

.....

.....

Téléphone: .....

Fax: .....

Nom de la personne de contact à laquelle la réponse doit être adressée:

.....

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 82

24 mai 2005

Table des matières

Indications

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

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

Prise de position de l'OFAS

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

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

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

Jurisprudence

481 Révocation du versement en capital

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

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

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

Indications

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

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

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

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

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

Ce rapport peut être obtenu sous le site :
www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/4_05f_eBericht.pdf

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

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

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

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

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

Ce rapport peut être obtenu sous le site :

www.bsv.admin.ch/forschung/publikationen/5_05f_eBericht.pdf

Prise de position de l'OFAS

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

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

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

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

(art. 8, 3e al., LPP)

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

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

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

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

1 Il s'agit en l'occurrence de la modification du 3 octobre 2003 de la loi sur les allocations pour la perte de gain (LAPG), qui concrétise aux articles 16b et suivants l'assurance maternité au plan fédéral.
2 A noter qu'en vertu de la circulaire sur l'allocation de maternité (CAMat), il est prévu sous chiffre 1005 que l'employeur ne peut faire valoir son droit qu'à la condition que le salaire versé soit au moins équivalant à l'allocation de maternité. Il n'est cependant pas nécessaire que l'employeur verse le salaire pendant toute la durée du droit à l'allocation.
3 En vertu de l'article 19, 2e alinéa, LAPG, l'allocation est payée par la caisse de compensation auprès de laquelle la demande doit être faite ou par l'employeur lorsque les ayants droit exerçaient une activité salariée avant la naissance du droit.
4 Voir également Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 3 octobre 2002, ch. 3.2.2 (FF 2002, 6998 et ss).
5 En effet, en vertu de cette disposition, les allocations sont uniquement soumises à cotisations AVS/AI, APG et, le cas échéant, à l'assurance-chômage.

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

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

(art. 10 OEPL)

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

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

Jurisprudence

481 Révocation du versement en capital

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

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

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

[6] Ce principe découle en outre de la liberté de financement conférée aux institutions de prévoyance conformément à l'article 65 LPP.

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

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

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

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

Mise à jour

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

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

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

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

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

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

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

Mise à jour

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 83

16 juin 2005

EDITION SPECIALE

484 Entrée en vigueur au 1er janvier 2006 de la 3ème étape de la révision de la LPP

- Modification de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) du 10.06.2005 (version non officielle)
- Commentaire des modifications de l'OPP 2
- Rapport de synthèse de la procédure de consultation du 3ème paquet
- Directives sur les conditions à remplir pour créer des institutions collectives ou communes du 10 juin 2005 (version non officielle)
- Istruzioni concernenti le condizioni da adempiere per la fondazione d'istituti col lettivi o comuni del 10 giugno 2005 (versione inufficiale)

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

484 Entrée en vigueur au 1er janvier 2006 de la 3ème étape de la révision de la LPP

Le Conseil fédéral a adopté des modifications d'ordonnance visant à définir la notion de prévoyance professionnelle et à régler le rachat d'années d'assurance. Ces modifications permettent d'inscrire des éléments importants de la pratique actuelle au niveau de l'ordonnance et n'ont guère de conséquences tangibles pour la majorité des assurés. L'âge minimum auquel il est possible de percevoir des rentes anticipées du 2e pilier est fixé à 58 ans. Cette limite d'âge prend en compte l'augmentation de l'espérance de vie, ainsi que les intérêts des partenaires sociaux et des institutions de prévoyance. Des prestations de vieillesse peuvent toutefois être perçues plus tôt lors de restructurations d'entreprises, dans les professions qui ne peuvent pas être exercées au-delà d'un certain âge pour des raisons de sécurité publique et durant une période transitoire. Plusieurs dispositions ont été introduites pour empêcher que des assurés se trouvant dans une situation privilégiée puissent bénéficier d'avantages fiscaux disproportionnés en recourant au 2e pilier.

Equilibre entre souplesse et prévention des avantages fiscaux excessifs

Les principes désormais définis dans l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) ont pour but de préciser le cadre de la prévoyance professionnelle. Il s'agit des principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et d'assurance qui, jusqu'à présent, étaient réglés en partie dans le droit fiscal. Par cette modification d'ordonnance, le Conseil fédéral accède d'un côté au souhait d'une plus grande souplesse dans la prévoyance professionnelle : les institutions de prévoyance pourront à l'avenir proposer trois plans de prévoyance au maximum à chaque groupe d'assurés et ainsi mieux s'adapter à leurs besoins et à leurs possibilités financières. L'autre objectif de cette modification est de séparer la prévoyance professionnelle, bénéficiant d'abattements fiscaux, de la prévoyance et de l'assurance privées. Cette délimitation vise à empêcher que des assurés puissent bénéficier d'abattements fiscaux excessifs grâce à des plans de prévoyance trop généreux, aboutissant à une surassurance et sortant du cadre de la prévoyance proprement dite, ou grâce au placement provisoire de fonds dans le 2e pilier pour des raisons exclusivement fiscales.

Le Parlement ne voulait pas inscrire au niveau de la loi ces principes de la prévoyance professionnelle, qui se sont établis avec le temps dans la doctrine et la jurisprudence ; il a, de ce fait, demandé au Conseil fédéral de les ancrer dans l'ordonnance. Celle-ci contient en outre une nouvelle réglementation sur le rachat pour les assurés arrivant de l'étranger qui n'ont jamais été assurés en Suisse : la possibilité de racheter des années d'assurance sera limitée durant les cinq premières années.

Age minimum pour le départ anticipé à la retraite

En même temps, le Conseil fédéral a décidé que les règlements des institutions de prévoyance ne devaient pas autoriser de retraite anticipée avant l'âge de 58 ans, âge qui tient compte de l'évolution de l'espérance de vie à la naissance. Celle-ci était, en 1970, de 70,1 années pour les hommes et de 76,1 pour les femmes, et, en 2003, de 77,9 années pour les hommes et de 83 pour les femmes ; elle devrait passer, en 2060, à

82,5 années pour les hommes et à 87,5 pour les femmes. Compte tenu de l'allongement de l'espérance de vie, il serait malvenu, en fixant une limite d'âge basse dans le 2e pilier, d'inciter les assurés à partir plus tôt à la retraite. En décidant que des rentes ne pouvaient pas être octroyées à des personnes âgées de moins de 58 ans, le Conseil fédéral tient aussi compte des critiques formulées par les partenaires sociaux et par les institutions de prévoyance lors de la procédure de consultation. Des exceptions ont toutefois été prévues : des prestations de vieillesse doivent pouvoir être versées avant l'âge de 58 ans lors de restructurations d'entreprises ou dans les professions qui ne peuvent pas être exercées au-delà d'un certain âge pour des raisons de sécurité publique.

Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le **1er janvier 2006**, un délai transitoire de cinq ans étant prévu pour l'âge minimum de perception de la rente.

Conditions à remplir lors de la création d'institutions collectives ou communes

En même temps que le troisième paquet d'ordonnances de la révision LPP, le Conseil fédéral a aussi édicté des directives pour que, lors de la création d'institutions collectives ou communes, toutes les autorités de surveillance procèdent de la même manière. Elles ne s'appliquent pas lors de la fondation d'institutions de prévoyance propres aux entreprises ou d'institutions d'associations professionnelles. L'objectif est de permettre aux institutions de démarrer leurs activités dans de bonnes conditions, en garantissant qu'elles disposent de suffisamment de fonds pour assumer les frais d'organisation et d'administration de départ. En cas de liquidation au cours des cinq premières années, une garantie (d'une banque ou d'une assurance) assure par ailleurs une certaine assise financière. Ces prescriptions entrent en vigueur le **1er juillet 2005**.

Une modification complémentaire a été apportée à l'OPP 2 pour renforcer la couverture des risques, surtout en matière d'invalidité, dans les petites institutions de prévoyance, qui sont exposées à des risques particuliers (fluctuations et impondérables). L'ordonnance demande désormais à toutes les institutions de prévoyance de moins de 300 affiliés (100 précédemment) de prendre des mesures de sécurité supplémentaires, en contractant une réassurance ou en constituant des réserves techniques d'un montant suffisamment élevé. En fait, de nombreuses institutions ont déjà pris ce genre de mesures. Cette nouvelle réglementation entre en vigueur le **1er janvier 2006** et s'applique pour toutes les institutions de prévoyance fondées à partir de cette date.

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

(Version non officielle)

Modification du …

Le Conseil fédéral suisse
arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[2] est modifiée comme suit:

Chapitre 1 Principes de la prévoyance professionnelle

Section 1 Adéquation

Art. 1 Cotisations et prestations
(art. 1, al. 2 et 3, LPP)

1 Le plan de prévoyance est considéré comme adéquat lorsque les conditions prévues aux al. 2 et 3 sont remplies.

2 Conformément au modèle de calcul:

a. les prestations réglementaires ne dépassent pas 70 pour cent du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite; ou

b. le montant total des cotisations de l'employeur et des salariés destinées au financement de la prévoyance vieillesse ne dépasse pas 25 pour cent de la somme des salaires AVS assurables pour les salariés, ou que les cotisations de l'indépendant destinées au financement de la prévoyance vieillesse ne dépassent pas annuellement 25 pour cent du revenu AVS assurable.

3 Pour les salaires dépassant le montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1, LPP, les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle, ajoutées à celles de l'AVS, ne doivent pas, selon le modèle de calcul, dépasser 85 pour cent du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite.

4 Si l'institution de prévoyance prévoit le versement des prestations en capital, l'adéquation est déterminée sur la base des prestations correspondant audit capital qui seraient allouées si ces prestations étaient versées sous forme de rente au taux de conversion réglementaire ou, en l'absence de taux de conversion réglementaire, au taux de conversion minimal fixé à l'art. 14, al. 2, LPP.

Art. 1a Adéquation lors de pluralité de rapports de prévoyance
(art. 1, al. 2 et 3, LPP)

1 Lorsqu'un employeur conclut avec plusieurs institutions de prévoyance des contrats d'affiliation organisés de telle manière que certaines personnes sont assurées en même temps auprès de plusieurs institutions, il doit prendre des dispositions afin que l'art. 1 soit respecté par analogie pour l'ensemble des rapports de prévoyance.

2 Les indépendants qui font assurer leur revenu dans plusieurs institutions de prévoyance doivent prendre les mesures nécessaires pour que l'art. 1 soit respecté par analogie pour l'ensemble de leurs rapports de prévoyance.

1 RS **831.441.1**

Art. 1b Retraite anticipée

(art. 1, al. 3, LPP)

1 L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés d'effectuer des versements supplémentaires, en sus du rachat de la totalité des prestations réglementaires au sens de l'art. 9, al. 2, LFLP, dans le but de compenser totalement ou partiellement la réduction de la prestation en cas de retraite anticipée.

2 Les institutions de prévoyance qui autorisent les rachats en prévision d'une retraite anticipée selon l'al. 1 doivent concevoir leur plan de prévoyance de telle façon que, si l'assuré renonçait à une retraite anticipée, les prestations versées ne dépassent pas de plus de 5 pour cent l'objectif réglementaire des prestations.

Section 2 Collectivité

Art. 1c Plans de prévoyance

(art. 1, al. 3, LPP)

1 Le principe de la collectivité est respecté lorsque l'institution de prévoyance, ou la caisse de pensions qui lui est affiliée, institue une ou plusieurs collectivités d'assurés dans son règlement. L'appartenance à un collectif doit être déterminée sur la base de critères objectifs tels que, par exemple, le nombre d'années de service, la fonction exercée, la situation hiérarchique, l'âge ou le niveau de salaire.

2 Le principe de collectivité est également respecté lorsqu'une seule personne est assurée dans le plan de prévoyance mais que le règlement prévoit d'assurer en principe d'autres personnes. Ceci ne concerne pas l'assurance facultative des indépendants au sens de l'art. 44 LPP.

Art. 1d Possibilités de choix entre plusieurs plans de prévoyance

(art. 1, al. 3, LPP)

1 L'institution de prévoyance ou la caisse de pensions affiliée peuvent proposer au maximum trois plans de prévoyance aux assurés de chaque collectif.

2 La somme des parts que représentent, en pourcentage du salaire, les cotisations de l'employeur et celles des salariés dans le plan de prévoyance aux cotisations les plus basses doit atteindre au moins les deux tiers de la somme qu'elles représentent dans le plan de prévoyance aux cotisations les plus élevées. Le montant de la cotisation de l'employeur doit être le même dans chaque plan de prévoyance.

Art. 1e Choix des stratégies de placements

(art. 1, al. 3, LPP)

Seules les institutions de prévoyance qui assurent exclusivement la partie de salaire dépassant de plus d'une fois et demie le montant limite supérieur fixé à l'art. 8, al. 1, LPP, peuvent proposer plusieurs stratégies de placements dans le cadre d'un même plan de prévoyance.

Section 3 Egalité de traitement

(art. 1, al. 3, LPP)

Art. 1f

Le principe de l'égalité de traitement est respecté lorsque tous les assurés d'un même collectif sont soumis à des conditions réglementaires identiques dans le plan de prévoyance.

Section 4 Planification

(art. 1, al. 3, LPP)

Art. 1g

Le principe de planification est respecté lorsque l'institution de prévoyance fixe précisément dans son règlement les différentes prestations qu'elle octroie, leur mode de financement, les conditions auxquelles elles sont versées, les plans de prévoyance qu'elle propose ainsi que les différents collectifs d'assurés et les plans de

prévoyance s'appliquant à ces collectifs. Le plan de prévoyance doit se fonder sur des paramètres déterminés sur la base de principes professionnellement reconnus.

Section 5 Principe d'assurance

(art. 1, al. 3, LPP)

Art. 1h

[1] Le principe d'assurance est respecté lorsque l'institution de prévoyance affecte au moins 6 pour cent du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité; est déterminant pour le calcul de ce pourcentage minimal, la totalité des cotisations des collectivités et des plans de l'employeur auprès d'une institution. Si l'institution de prévoyance affilie plusieurs employeurs, sont déterminantes pour le calcul du pourcentage minimal, les cotisations des collectivités et des plans d'un seul employeur auprès de cette institution.

[2] Dans une caisse pratiquant exclusivement la prévoyance plus étendue et hors obligatoire, le principe d'assurance est également respecté lorsque le règlement prévoit que l'avoir de vieillesse sera financé sans la couverture des risques de décès et d'invalidité si un examen médical met en évidence un risque considérablement accru et que la personne considérée est de ce fait exclue de l'assurance couvrant lesdits risques et si les prestations de vieillesse sont versées sous forme de rente.

Section 6 Age minimal de la retraite

(art. 1, al. 3, LPP)

Art. 1i

[1] Les règlements des institutions de prévoyance ne peuvent pas prévoir d'âge de retraite inférieur à 58 ans révolus.

[2] Des âges de retraite inférieurs à celui déterminé à l'al. 1 sont admis:

a. pour les restructurations d'entreprises;

b. pour les rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique.

Chapitre 1*a* Assurance obligatoire des salariés

Section 1 Personnes assurées et salaire coordonné

Art. 1j

Ancien art. 1

Art. 43, al. 1, let. b

[1] L'institution de prévoyance qui veut assumer elle-même la couverture des risques doit disposer d'un contrat de réassurance si :

…

b. elle compte moins de cent assurés actifs ou, pour les institutions de prévoyance créées après le 31 décembre 2005, moins de trois cents assurés actifs.

Art 48g dernière phrase

Ne concerne que le texte allemand.

Titre précédant l'art. 60a

Chapitre 5 Rachat, salaire assurable et revenu assurable

Art. 60a Rachat

(art. 1, al. 3, et art. 79*b*, *al. 1*, LPP)

[1] Le calcul du rachat doit se fonder sur les mêmes principes professionnellement reconnus que la détermination du plan de prévoyance (art. 1*g*).

[2] Le montant maximum de la somme de rachat est diminué de l'avoir du pilier 3a de la personne assurée qui dépasse la somme maximale des cotisations annuelles déductibles du revenu à partir de 24 ans révolus selon l'art. 7, al. 1, let. a, OPP 3, cette somme étant créditée d'intérêts sur la base du taux d'intérêt minimal LPP alors en vigueur.

[3] Si une personne assurée dispose d'un avoir de libre passage qui ne devait pas être transféré dans une institution de prévoyance en vertu des art. 3 et 4, al. 2[bis], LFLP, le montant maximal de la somme de rachat est diminué de ce montant.

Art. 60b Cas spéciaux

(Art. 79*b*, al. 2, LPP)

La somme de rachat annuelle versée par les personnes arrivant de l'étranger qui n'ont jamais été affiliées à une institution de prévoyance en Suisse ne doit pas dépasser, pendant les cinq années qui suivent leur entrée dans l'institution de prévoyance suisse, 20 pour cent du salaire assuré tel qu'il est défini par le règlement. Cette limite vaut aussi pour les rachats basés sur les art. 6 et 12 LFLP. Après l'échéance du délai de cinq ans, l'institution de prévoyance doit permettre à l'assuré de racheter la totalité des prestations réglementaires.

Art. 60c Salaire assurable et revenu assurable

(art. 79*c* LPP)

[1] La limite du salaire assurable ou du revenu assurable fixée à l'art. 79*c* LPP vaut pour l'ensemble des rapports de prévoyance de l'assuré auprès d'une ou de plusieurs institutions de prévoyance.

[2] Si l'assuré dispose de plusieurs rapports de prévoyance et que la somme de ses salaires ou revenus soumis à l'AVS dépasse le décuple du montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1, LPP, il doit informer chaque institution de prévoyance de tous les rapports de prévoyance existants et des salaires ou revenus assurés dans ce cadre. L'institution de prévoyance doit attirer l'attention de l'assuré sur son devoir d'information.

[3] La limitation du salaire ou du revenu assurable prévue à l'art. 79*c* ne s'applique pas à l'assurance des risques de décès et d'invalidité des assurés qui ont 50 ans révolus au 1[er] janvier 2006 si leurs rapports de prévoyance ont été établis avant cette date.

Art. 60d Rachat et encouragement à la propriété du logement

(art. 79*b*, al. 3, LPP)

Dans les cas où le remboursement d'un versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement n'est plus admis en vertu de l'art. 30*d*, al. 3, let. a, LPP, le règlement de l'institution de prévoyance doit permettre des rachats volontaires pour autant que ces rachats, ajoutés aux retraits anticipés, ne dépassent pas les prétentions de prévoyance maximales admises par le règlement.

II

Modification du droit en vigueur

La modification du droit en vigueur est réglée en annexe.

III

Dispositions transitoires de la modification du …

a. Adaptation formelle

Les institutions de prévoyance doivent adapter formellement leurs règlements dans un délai de 2 ans après l'entrée en vigueur de la présente modification.

b. Stratégies de placement

Lorsqu'une institution de prévoyance a offert à ses assurés des possibilités de choix entre plusieurs stratégies de placement qui ne sont pas compatibles avec l'art. 1*e*, elle doit adapter sa réglementation dans un délai de deux ans dès l'entrée en vigueur de la présente modification.

c. Principe d'assurance

Les avoirs qui se trouvent dans des institutions de prévoyance au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification et qui ne satisfont pas aux exigences de l'art. 1*h* ne doivent plus être financés à partir de ce moment.

d. Age minimal de la retraite anticipée

Les institutions de prévoyances peuvent maintenir les dispositions réglementaires qui prévoyaient une limite d'âge inférieure à 58 ans pendant cinq ans dès l'entrée en vigueur de la présente modification pour les assurés qui étaient présents dans leur effectif au 31 décembre 2005.

IV

La présente modification entre en vigueur le 1er janvier 2006.

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Annexe
(ch. II)

Modification du droit en vigueur

Les actes suivants sont modifiés comme suit:

1. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)[2]

Art. 14, al. 1

1 Abrogé

Les actuels al. 2 et 3 deviennent les al. 1 et 2.

2. Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)[3]

Art. 2 Bénéficiaires

1 Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires:

a. en cas de survie, le preneur de prévoyance;

b. en cas de décès de celui-ci, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:
   1. le conjoint survivant,
   2. les descendants directs ainsi que les personnes à l'entretien desquelles le défunt subvenait de façon substantielle, ou la personne qui avait formé avec lui une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ou qui doit subvenir à l'entretien d'un ou de plusieurs enfants communs,
   3. les parents,
   4. les frères et sœurs,
   5. les autres héritiers.

2 Le preneur de prévoyance peut désigner un ou plusieurs bénéficiaires parmi les personnes mentionnées à l'al. 1, let. b, ch. 2 et préciser les droits de chacune de ces personnes.

3 Le preneur de prévoyance a le droit de modifier l'ordre des bénéficiaires selon l'al. 1, let. b, ch. 3 à 5, et de préciser les droits de chacune de ces personnes.

3. Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs[4]

Art. 3, al. 1, deuxième phrase

1 … Pour les personnes partiellement invalides au sens de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité[5], les montants-limites fixés aux art. 2, 7 et 8, al. 1, LPP sont réduits comme suit:

Droit à la rente en fraction d'une rente entière	Réduction des montants-limites
¼	¼
½	½
¾	¾

Art. 4, al. 4

4 Le salaire minimal assuré prévu à l'al. 3 est aussi valable pour l'assurance obligatoire des personnes pour lesquelles les montants-limites ont été réduits conformément à l'art. 3, al. 1.

2 RS **831.411**
3 RS **831.461.3**
4 RS **837.174**
5 RS **831.20**

Modification de l'OPP 2 - Commentaire

Art. 1 Adéquation

Le principe de l'adéquation doit être mis en relation avec le mandat de l'art. 113 de la Constitution fédérale ; selon cette disposition, la prévoyance professionnelle, conjuguée avec l'AVS/AI, doit permettre à l'assuré de maintenir de manière appropriée son niveau de vie antérieur. L'on admet généralement que c'est le cas lorsque les prestations de la prévoyance professionnelle ajoutées à celles de l'AVS/AI, atteignent au moins 60 % du dernier salaire ou du dernier revenu de l'indépendant soumis à cotisations dans l'AVS. Le principe de l'adéquation vise également à éviter la surassurance. C'est à ce titre que les prestations de la prévoyance professionnelle, ajoutées à celles de l'AVS/AI, ne doivent pas dépasser une certaine limite.

L'adéquation se définit par rapport à la prestation de vieillesse.

Le principe d'adéquation joue également un rôle central en matière fiscale : une entreprise peut réaliser la prévoyance de son personnel auprès de différentes institutions de prévoyance, chacune d'entre elles servant à une catégorie déterminée de personnel (par exemple les ouvriers, les employés, les cadres, etc.). Les cotisations versées à ces institutions de prévoyance doivent cependant être adaptées aux besoins de prévoyance des personnes travaillant dans l'entreprise. C'est pourquoi, les autorités fiscales examinent, sous l'angle de l'adéquation au but de prévoyance, si des sommes manifestement exagérées sont versées par des entreprises à des institutions de prévoyance professionnelle. Il en va de même lorsqu'une entreprise dispose de plusieurs plans de prévoyance dans le cadre de la même institution de prévoyance (cf. circulaire n° 1a de l'administration fédérale des contributions du 20 août 1986 sur l'adaptation de l'AIFD à la LPP, p. 1) ; dans de tels cas, les autorités fiscales refusent la déduction fiscale dans la mesure où les cotisations de l'employeur visent d'autres fins que la prévoyance professionnelle, notamment l'augmentation des charges justifiées par l'usage commercial et la diminution du bénéfice net imposable (art. 81 LPP, 59, al. 1, let. b, LIFD, 25, al. 1, let. b, LHID). Cette règle vaut du reste aussi pour les assurés qui peuvent déduire de leur revenu soumis à impôt tous les versements effectués à la prévoyance. Cette défiscalisation durant la période active ne retrouve pas toujours son pendant lors de la retraite, notamment si les prestations sont servies sous forme de capital.

Les revenus et les éléments de fortune des institutions de prévoyance peuvent bénéficier de l'exonération fiscale dans la mesure où ils sont exclusivement affectés à des fins de prévoyance professionnelle, conformément aux art. 80, al. 2, LPP, 56, let. e, LIFD et 23, al. 2, let. d, LHID.

Selon l'*alinéa 2* de l'art. 1, l'adéquation des prestations réglementaires doit être examinée globalement en comparant les prestations du 2e pilier (sans AVS) par rapport au dernier salaire-AVS ou au dernier revenu-AVS d'indépendant de la personne assurée (let. a) ou bien en comparant l'ensemble des cotisations réglementaires pour la prévoyance-vieillesse par rapport aux salaires-AVS ou aux revenus-AVS annuels (let. b). N'entrent toutefois en considération que les salaires et revenus AVS se situant en dessous des plafonds absolus de salaires et revenus assurables selon l'art. 79c LPP (voir les exemples ci-dessous). En revanche, le montant du salaire assuré selon le règlement n'est pas déterminant car ce montant peut varier selon le règlement. Il faut donc que le plan de pré-

voyance respecte globalement le principe d'adéquation, sous réserve de certains cas particuliers.

Au vu de la diversité des institutions de prévoyance - par exemple les institutions de prévoyance en primauté de cotisations et celles en primauté de prestations - il est logique, pour des raisons de faisabilité, de définir différents critères pour la preuve de l'adéquation. C'est pourquoi l'alinéa 2, avec les lettres a et b, prévoit deux possibilités de prouver l'adéquation. Les deux critères sont pratiquement équivalents actuariellement parlant (avec l'hypothèse de la règle d'or, soit une évolution des salaires égale à l'intérêt crédité sur l'épargne en moyenne sur le long terme), si bien qu'il n'y en a pas un de fondamentalement plus avantageux que l'autre. Si la preuve est apportée sur la base de l'une de ces définitions, on peut partir du principe que le plan est adéquat, à condition qu'il n'y ait pas de cas de surassurance.

En effet, en ce qui concerne la lettre a, la limite a été fixée à 70 % du dernier salaire ou revenu assurables soumis à l'AVS. Les prestations se situant aux environs de cette limite sont encore considérées comme raisonnablement admissibles selon la pratique actuelle.

Comme déjà mentionné, les critères selon les lettres a et b sont pratiquement équivalents actuariellement parlant. Ainsi, la limite fixée à 25 % s'agissant des cotisations pour la prévoyance-vieillesse selon la lettre b conduit grosso modo au même taux de remplacement si l'hypothèse de la règle d'or se vérifie.

Par ailleurs, selon l'alinéa 3, il y a surassurance lorsque les prestations de vieillesse prévues par le plan de prévoyance, ajoutées à celles de l'AVS, dépassent 85 % du salaire AVS. La limite de 85 % se justifie par le fait que la prestation de vieillesse n'est pas diminuée des cotisations d'assurances sociales qui sont prélevées sur le salaire AVS (cotisations pour l'AVS/AI/APG, LACI, LAA, LPP, éventuellement prévoyance surobligatoire et assurance perte de gain). En diminuant, lors de la 1re révision de la LPP, le seuil d'accès et la déduction de coordination, le législateur a implicitement accepté que les prestations de vieillesse pour les petits revenus, ajoutées aux rentes de l'AVS, conduisent à une certaine surassurance. Cela ne doit en revanche pas être le cas pour les hauts revenus. Les institutions de prévoyance doivent par conséquent veiller à ce que pour les catégories de salaires dépassant la limite supérieure de l'art. 8, al. 1, LPP, les rentes de l'AVS et du deuxième pilier, prises ensemble, n'excèdent pas 85 % du salaire AVS.

Des contributions d'assainissement qui, par définition, ne peuvent être prélevées que lors de situations très particulières et légalement prévues ne font pas partie des contributions réglementaires dans le sens de la lettre b.

Exemples:

1. Pour un salaire AVS annuel de 50'000 francs, le plan de prévoyance peut prévoir des prestations de 35'000 francs (= 70 % du salaire AVS assurable selon l'al. 2, let. a). Alternativement on peut apporter la preuve que les cotisations pour la prévoyance vieillesse ne dépassent pas 25 % des salaires AVS assurables selon l'al. 2, let. b. (Dans ce cas, la part des salaires dépassant la limite maximale assurable selon l'art. 79c LPP n'est pas prise en considération.)

2. Pour un salaire AVS annuel de 150'000 francs, il doit être établi soit que le plan de prévoyance ne prévoit pas de prestations supérieures à 105'000 francs (= 70 % du sa-

laire AVS assurable selon l'al. 2, let. a) soit que les cotisations pour la prévoyance vieillesse ne dépassent pas 25 % des salaires AVS assurables selon l'al. 2, let. b. (Dans ce cas, la part des salaires dépassant la limite maximale assurable selon l'art. 79c LPP n'est pas prise en considération.) Par ailleurs, il est exigé, comme deuxième critère, que le plan de prévoyance ne doit pas aboutir à ce que les prestations, ajoutées à celles de l'AVS, dépassent 127'500 francs (= 85 % du salaire AVS assurable selon l'al. 3).

3. Pour un salaire AVS annuel de 900'000 francs, on se base uniquement sur la partie du salaire assurable selon l'art. 79c LPP (actuellement 774'000 francs). Il doit être établi soit que le plan de prévoyance ne prévoit pas de prestations supérieures à 541'800 francs (= 70 % du salaire AVS assurable de 774'000 francs selon l'al. 2, let. a) soit que les cotisations pour la prévoyance vieillesse ne dépassent pas 25 % des salaires AVS assurables selon l'al. 2, let. b. (Dans ce cas, la part des salaires dépassant la limite maximale assurable selon l'art. 79c LPP n'est pas prise en considération.) Par ailleurs, il est exigé, comme deuxième critère, que le plan de prévoyance ne doit pas aboutir à ce que les prestations, ajoutées à celles de l'AVS, dépassent 657'900 francs (= 85 % du salaire AVS assurable de 774'000 francs selon l'al. 3).

L'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle doit examiner si les plans de prévoyance sont conformes au principe d'adéquation de l'art. 1 (art. 53, al. 2, let. b, LPP), y compris concernant la surassurance à éviter. L'autorité de surveillance procède seulement à un examen global des plans de l'institution de prévoyance ; en cas de doutes sur l'adéquation, elle s'adressera à l'expert. S'agissant de la collaboration entre les divers organismes de contrôle et de surveillance dans la prévoyance, cette question sera traitée dans le cadre d'une commission d'experts sur l'optimisation de la surveillance dans la prévoyance professionnelle.

Dans les cas où le plan de prestations prend en compte de fortes variations de salaires ou de revenus, il faut appliquer l'art. 3, al. 1, let. b et c, OPP 2.

L'*alinéa 4* précise comment examiner l'adéquation lorsqu'il y a (seulement) versement de prestations en capital aux assurés selon le règlement. Il faut calculer quel est le montant de la rente qui correspond au capital en question, en se basant sur le taux de conversion réglementaire ou, à défaut de celui-ci, sur le taux de conversion minimal fixé par la LPP. Il faut appliquer le taux de conversion prévu à l'âge ordinaire de la retraite. Si un règlement ne prévoit pas de prestations sous forme de rentes, celui-ci peut malgré tout définir un taux de conversion qui s'éloigne du taux minimal LPP. L'institution n'est cependant pas libre de définir un "taux de conversion de fantaisie" mais doit se fonder sur ses bases actuarielles (cf. aussi la plausibilité des paramètres selon l'art. 1*g*).

Art. 1*a* Adéquation lors de pluralité de rapports de prévoyance

Lorsqu'un employeur conclut avec plusieurs institutions de prévoyance des contrats d'affiliation organisés de telle manière que certains de ses employés sont assurés en même temps auprès de plusieurs institutions, la prévoyance relative aux salaires qu'il verse ne peut de ce fait violer le principe de l'adéquation. L'employeur décide, d'entente avec l'organe paritaire, que la prévoyance peut être de cette manière mise en application dans plusieurs institutions de prévoyance. De ce fait, il doit s'assurer que les informations importantes puissent être échangées par les institutions de prévoyance pour que les plans

puissent être organisés de telle sorte qu'il respectent les principes fondamentaux de la prévoyance professionnelle.

Art. 1*b* Retraite anticipée

Alinéa 1 : Le projet de 11e révision de l'AVS prévoyait la possibilité de prendre une retraite anticipée ou au contraire une retraite différée. Après le rejet de ce projet lors de la votation populaire du 16 mai 2004, l'art. 1*a* prévoit la possibilité réglementaire d'atténuer les inconvénients de la retraite anticipée en donnant la faculté de compenser totalement ou partiellement la réduction de la retraite anticipée prévue par le règlement grâce à des versements supplémentaires. Ces versements ne constituent pas des rachats au sens de l'art. 9, al. 2, LFLP, lesquels portent sur les prestations réglementaires à l'âge ordinaire de la retraite.

Alinéa 2 : Il faut toutefois fixer une limite maximale afin d'éviter qu'une personne, qui a effectué des rachats au-delà des prestations réglementaires et qui a finalement renoncé à une retraite anticipée, se retrouve avec un avoir de vieillesse manifestement trop élevé. C'est pourquoi, les institutions de prévoyance doivent élaborer leurs plans de prestations de telle sorte qu'en cas de renonciation ultérieure à la retraite anticipée, il n'y ait pas de dépassement supérieur à 5 % par rapport à l'objectif de prestations. Il s'agit d'éviter ainsi la surassurance et le dépassement des limites fixées par le principe d'adéquation.

Art. 1*c* Collectivité: plans de prévoyance

Selon l'*alinéa 1*, il est admissible d'avoir plusieurs collectivités d'assurés soumises chacune à un plan de prévoyance déterminé. L'institution de prévoyance peut avoir par exemple un plan pour les employés correspondant au minimum LPP et un plan de prévoyance surobligatoire pour les cadres. L'employeur a la possibilité d'affilier seulement certaines catégories de personnel à la prévoyance surobligatoire, mais à condition de se baser sur des critères objectifs et applicables à l'ensemble du personnel. Les dispositions réglementaires doivent définir clairement les critères selon lesquels les différents groupes (collectifs) sont formés. Les critères suivants sont par exemple admissibles : l'âge, le statut professionnel et la situation hiérarchique au sein de l'entreprise, le nombre d'années de service, le niveau de salaire (cf. Prévoyance et impôts, édité par la Conférence suisse des impôts, éditions Cosmos, Muri/Berne, 2002, cas A.2.3.1; Maute/Steiner/Rufener, Steuern und Versicherungen, 2e éd., éditions Cosmos, Muri/Berne, 1999, pp. 126 s). Par contre, le sexe, la religion ou la nationalité ne sont pas des critères objectifs admissibles. Au sein d'une même collectivité, il est possible d'appliquer un taux de cotisations différent en fonction de l'âge de la personne assurée, conformément à l'art. 16 LPP. Il est aussi admissible de fixer des taux de cotisations différents en présence de plusieurs plans de prévoyance et de plusieurs collectivités d'assurés. Il est par contre exclu que l'employeur verse des cotisations plus élevées uniquement en faveur de certaines personnes au sein d'une même collectivité pour des critères autres que l'âge.

Le nombre de collectifs n'est en soi pas limité (pour le nombre minimal des personnes qui sont assignées à un collectif, voir l'alinéa 2 ci-dessous). Dans le cadre des fondations

communes, la collectivité doit être examinée par plan de prévoyance et le choix peut être réalisé dans les sous-plans (cf. ci-dessous ad art. 1*d*).

Une collectivité d'assurés doit, par définition, comporter plus d'un assuré. D'après l'*alinéa 2*, il y a une collectivité virtuelle lorsque la collectivité d'assurés ne comprend qu'une seule personne mais que, selon le règlement, d'autres personnes peuvent en tout temps être admises dans cette collectivité. L'admission future d'une personne doit se fonder sur une possibilité réaliste. Chez les employeurs où il n'est pas réaliste qu'une autre personne puisse, dans le futur, remplir les conditions d'une admission (par exemple niveau de salaire ou appartenance aux cadres), les conditions de la collectivité (même virtuelle) ne sont pas remplies. Une prévoyance « à la carte », c'est-à-dire une solution de prévoyance conçue pour une seule personne, n'est en revanche pas admissible, comme c'est déjà le cas actuellement (cf. arrêt du TF du 20 mars 2002, cause 2A.404/2001). En raison des particularités de l'assurance facultative des indépendants, il ne peut s'agir d'une collectivité virtuelle dans leur cas. Les indépendants, contrairement aux salariés, peuvent décider s'ils veulent s'affilier individuellement au 2e pilier. Ils peuvent choisir de s'assurer avec leurs salariés ou dans l'institution de prévoyance de leur association professionnelle (art. 44 LPP). Dans le deuxième cas, cela signifie qu'ils auront un autre plan de prévoyance que leurs collaborateurs qui travaillent pourtant dans la même entreprise. Ils peuvent même choisir une prévoyance exclusivement hors obligatoire, sans devoir passer par l'assurance minimale de base de la LPP (nouvel art. 4, al. 3, LPP), ce qui conduit à un assouplissement supplémentaire de la prévoyance par rapport aux salariés. Si, dans ces cas, on devait admettre une collectivité virtuelle (par exemple, l'assurance d'un indépendant dans une institution de prévoyance « avec ses salariés », alors qu'il n'a pas de salariés auxquels le plan s'applique), cela conduirait pratiquement à permettre une individualisation complète de leur prévoyance. La 2e phrase de l'al. 2 exclut expressément la collectivité virtuelle pour les indépendants assurés à titre facultatif.

Art. 1*d* Collectivité: possibilités de choix

Au sein d'une même collectivité, l'institution de prévoyance (ou la caisse de pensions affiliée) peut donner aux assurés faisant partie de cette collectivité le choix entre 3 plans de prévoyance au maximum d'après l'*alinéa 1*. L'institution de prévoyance (ou la caisse de pensions affiliée) n'a toutefois pas l'obligation de proposer plusieurs plans. Elle peut donc se limiter à un seul plan.

Lorsqu'une institution de prévoyance met en application tant l'art. 1*b* que l'art. 1*c*, il en résulte une double répartition des assurés en différents groupes en fonction du collectif et du plan. Avec l'art. 1*b*, la répartition et l'appartenance aux différents collectifs sont déterminées sur la base de critères objectifs et indépendants de la volonté de l'assuré. Dans le second niveau de répartition (à l'intérieur du collectif, lorsque plusieurs collectifs sont constitués), c'est l'assuré qui décide quel plan lui sera applicable parmi ceux définis par l'institution de prévoyance (art. 1*c*).

Selon l'*alinéa 2*, il faut que le niveau des cotisations de l'employeur soit le même pour chacun des plans à choix (une exception à ce principe n'est possible qu'en relation avec l'âge des assurés ; cf. commentaire de l'art. 1*b*). Le choix personnel d'un plan par la personne assurée ne doit pas influencer le niveau de cotisations à verser par l'employeur.

Les cotisations des salariés peuvent varier d'un certain pourcentage (voir ci-après).

La possibilité qu'ont les institutions de prévoyance de permettre aux assurés un libre choix entre différents plans, jusqu'ici pas encore admise, constitue certes une certaine flexibilisation mais fortement limitée. Mise à part la limitation du choix à trois plans au plus par collectivité (cf. al. 1), celle-ci ne doit pas avoir pour conséquence un écart trop important entre les différents plans au sein de la même collectivité. Dès lors, les sommes totales des cotisations de l'employeur et des salariés pour chacun des plans prévus au sein de la collectivité doivent rester à l'intérieur d'une certaine fourchette. Dans le plan qui a les cotisations les plus basses (plan minimal), le total des cotisations de l'employeur et des salariés doit atteindre au moins les 2/3 de la somme des cotisations de l'employeur et des salariés dans le plan qui a les cotisations les plus élevées (plan maximal). En d'autres termes, un plan maximal peut prévoir 50 % de contributions de plus que le plan minimal de la même collectivité.

Par exemple, l'employeur et les salariés versent ensemble 18 % de cotisations dans le plan maximal. Dans le plan minimal, le total des cotisations de l'employeur et des salariés doit donc être au moins égal aux 2/3 de 18 %, ce qui donne 12 %. Il est possible de définir un troisième plan intermédiaire entre le plan minimal et le plan maximal. En fonction du niveau fixé pour les cotisations de l'employeur (il doit être le même pour tous les plans possibles dans un collectif), il y a différentes possibilités pour élaborer trois plans, par exemple :

Cotisations Employeur	Cotisations Salariés		
	Plan minimal	(Moyen)	Maximal
10 %	2 %	(5 %)	8 %
ou			
9 %	3 %	(6 %)	9 %
ou			
12 %	0 %	(3 %)	6 %

L'écart entre le plan minimal et le plan maximal peut être réduit ; par contre, il ne peut être élargi.

Le salaire assuré doit être défini de manière identique pour les 3 plans.

Lors de l'élaboration de tels plans, il faut respecter les dispositions légales sur la parité des cotisations : la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés (art. 66, al. 1, LPP et art. 331, al. 3, CO).

Les cotisations d'employeur doivent être les mêmes dans les différents plans à choix à l'intérieur d'un collectif ; seules les cotisations d'employés peuvent varier. Il n'est dès lors pas possible d'appliquer un système dans lequel l'employeur paierait, pour chaque employé, l'exacte moitié de la cotisation totale (voir également l'exemple ci-dessus). Dans ce cas, avec les différentes cotisations d'employés, les cotisations d'employeur varie-

raient d'un plan à un autre, ce qui n'est pas admis. Comme l'employeur doit assumer des cotisations plus élevées, son accord est nécessaire pour l'introduction d'un choix entre plusieurs plans pour les assurés (cf. art. 66, al. 1, LPP).

En cas de répartition des assurés en différents sous-groupes, l'institution de prévoyance doit surmonter des difficultés considérables. Il peut résulter de l'administration de plusieurs plans, d'importants frais supplémentaires. C'est pourquoi, il ne s'agit aucunement d'une obligation. C'est à l'institution de prévoyance (organe paritaire) de décider si de telles différenciations doivent être instaurées.

Art. 1*e* **Collectivité: stratégies de placements**

L'institution de prévoyance peut proposer à l'assuré différentes stratégies comportant plus ou moins de risques. Il s'agit de stratégies que l'organe compétent a jugées inappropriées à l'ensemble des assurés. Comme la liberté individuelle suppose une responsabilisation, un éventuel risque élevé, s'il se réalise, ne doit pas être supporté par la collectivité. C'est la raison pour laquelle cette possibilité ne doit être offerte qu'aux institutions offrant des prestations hors du domaine d'action du fonds de garantie et dans lesquelles on ne trouve pas non plus de mélange entre les prestations garanties ou non par le fonds de garantie.

Sur la base de cette disposition, la marge à partir de laquelle le choix est possible est fixée à une fois et demie le montant-limite supérieur selon l'art. 8, al. 1, LPP ; elle est identique à la limite de garantie à laquelle le fonds de garantie est tenu selon l'art. 56, al. 2, LPP. Cette disposition permet aussi d'éviter que la partie du salaire assurée selon la LPP subisse un préjudice à cause du choix des placements.

La sécurité des placements continue d'être un principe prioritaire dans la prévoyance professionnelle (cf. art. 71 LPP). Les institutions de prévoyance qui offrent plusieurs stratégies de placement doivent aussi se conformer, dans la prévoyance professionnelle, aux dispositions de la loi et de l'ordonnance en vigueur ; cela vaut donc aussi pour la loi sur le libre passage et les dispositions sur la prestation de sortie minimale (art. 17 LFLP). Ces institutions doivent faire en sorte d'assurer le respect des dispositions légales. Dans ce sens, l'art. 1*d* ne fait que fixer des limites déterminées. Les mesures qu'une institution de prévoyance doit prendre pour assurer l'application des dispositions légales relèvent exclusivement de sa compétence décisionnelle et de sa responsabilité.

Etant donné les difficultés considérables et les coûts que peut entraîner une telle différenciation, l'institution de prévoyance n'a nullement l'obligation d'offrir une possibilité de choix entre plusieurs stratégies de placements.

La présente réglementation ne vise pas le cas où différentes stratégies de placements sont appliquées sans possibilité de choix pour la personne assurée. Par exemple, il peut y avoir, pour tous les assurés, différentes stratégies de placements selon la partie du salaire qui est assurée. Cela est possible aussi lorsque le fonds de garantie intervient (à condition de respecter les prescriptions sur les placements).

Art. 1*f* Egalité de traitement

Le principe d'égalité de traitement est ancré à l'art. 8 de la Constitution fédérale. Il consiste à traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable (ATF 118 Ia 1). Il vaut pour l'ensemble du droit public, dont fait partie le droit des assurances sociales, y compris la LPP.

Le principe d'égalité de traitement est le corollaire du principe de collectivité : tous les assurés doivent être mis sur un pied d'égalité. Le principe de l'égalité de traitement vaut aussi lorsqu'il existe plusieurs plans de prévoyance et plusieurs collectivités d'assurés : tous les assurés faisant partie d'une même collectivité et soumis à un plan de prévoyance déterminé doivent en principe être traités selon des conditions identiques fixées par ce plan. Le principe d'égalité de traitement exclut donc tout favoritisme ou toute discrimination envers certaines personnes sur la base de considérations subjectives (voir le commentaire de l'art. 1*c*).

Les principes de collectivité et d'égalité de traitement laissent intacte la liberté actuelle des institutions de prévoyance de développer des plans de prestations différents pour des catégories déterminées d'assurés, à condition que ces plans soient ouverts à l'ensemble des assurés d'une même collectivité. Avec la LPP révisée, la prévoyance pour cadres (« Bel étage ») reste admissible comme auparavant, à condition de respecter les présents principes de la prévoyance professionnelle, en particulier ceux d'adéquation, de collectivité et d'égalité de traitement. Il est donc toujours possible de prévoir des plans de prévoyance différents pour les cadres, les cadres supérieurs et les directeurs. Par contre, il est inadmissible de prévoir une prévoyance Bel étage avec des prestations très élevées pour un seul cadre ou directeur, tandis que les autres cadres ou directeurs du même niveau hiérarchique en seraient exclus ou recevraient des prestations beaucoup moins favorables, cela sans raisons objectives (cf. StE 1987 B 72.13.22 Nr. 9).

Art. 1*g* Planification

Le principe de planification exclut l'octroi de prestations qui ne seraient pas prévues par le règlement de prévoyance. Il serait aussi inadmissible d'octroyer des prestations à des conditions différentes de celles fixées par le règlement. Le règlement doit notamment fixer l'objectif de prévoyance et les conditions de financement pour les différentes prestations. L'assuré doit en effet pouvoir connaître à l'avance le niveau de ses futures prestations de prévoyance et le taux de cotisation pour financer celles-ci (cf. art. 86*b* LPP). Le principe de planification exclut donc toute improvisation à la dernière minute.

Il serait par exemple contraire au principe de la planification que l'employeur verse ses cotisations en fonction du résultat commercial de l'entreprise.

Les paramètres en fonction desquels est fixé l'objectif des prestations doivent être réalistes. Ils doivent être déterminés sur la base de principes professionnellement reconnus. Tel ne serait par exemple pas le cas si l'objectif des prestations se basait sur un renchérissement de 0 % et un intérêt de 5 %. Il faut en outre une certaine transparence de ces paramètres. Voir aussi le commentaire de l'art. 60*a*. Font notamment partie de ces paramètres : le taux de conversion, l'intérêt technique, les données biométriques, l'intérêt

sur les bonifications de vieillesse, l'expectative de rendement, l'évolution du salaire, y compris l'adaptation au renchérissement ainsi que les cotisations.

Art. 1*h* Principe d'assurance

L'Assemblée fédérale a voulu fixer expressément dans la loi le principe d'assurance, tout en laissant au Conseil fédéral la compétence d'en préciser la portée (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 28 novembre 2002 p. 1036).

Les risques d'invalidité et de décès doivent reposer sur la technique d'assurance pour permettre le maintien approprié du niveau de vie antérieur. La prévoyance professionnelle se distingue en cela de la prévoyance individuelle (3e pilier), qui admet l'épargne pure.

Alinéa 1 : Selon les plus récentes données biométriques concernant les institutions de prévoyance, celles-ci affectent pour l'assurance obligatoire en moyenne environ 10 % du montant total des cotisations au financement des prestations relevant de la couverture des risques de décès et d'invalidité. Avec une limite fixée à 6 % par voie d'ordonnance, la grande majorité des institutions de prévoyance va normalement se trouver en dessus. Tel sera par exemple le cas si une institution de prévoyance enregistre une sinistralité correspondant à la moitié de la moyenne ou si une part raisonnable de son activité est limitée à l'assurance vieillesse.

Lorsqu'il existe plusieurs plans de prévoyance au sein d'une institution de prévoyance à laquelle un seul employeur est affilié, pour déterminer si le principe d'assurance est suffisamment réalisé, la relation appropriée entre les risques et l'épargne de 6 % peut être vérifiée de manière globale pour l'ensemble des plans et non pour chaque plan. S'agissant d'institutions affiliant plusieurs employeurs, cette limite minimale de 6 % peut être examinée pour l'ensemble de la prévoyance du personnel d'un employeur dans une institution.

En ce qui concerne la vérification que la limite de 6 % est globalement atteinte, les calculs doivent être effectués théoriquement sur la base d'une modélisation de l'effectif de chaque collectivité (nombre, sexe, âge, salaire, etc.) en y appliquant le plan y relatif.

La concrétisation du principe d'assurance au niveau de l'ordonnance n'empêche pas la poursuite de la prévoyance vieillesse selon l'art. 47, al. l LPP car cette dernière disposition institue une exception spécifique permettant de continuer la prévoyance vieillesse sans assurance de risques. Cela n'est toutefois permis que dans des cas expressément déterminés et dans la même mesure que jusqu'à présent ; les risques d'abus sont donc très limités.

Alinéa 2 : Une exception à la règle de l'al. 1 doit toutefois être créée pour les cas où l'état de santé exclurait une admission dans la prévoyance surobligatoire. Dans ces cas, il doit être possible pour ces personnes de continuer à constituer l'avoir de vieillesse sans continuer la couverture des risques. Sans cela, ces personnes n'auraient pas du tout la possibilité de se constituer une prévoyance. Cela doit par exemple permettre aux personnes qui touchent une rente entière d'invalidité de se constituer une prévoyance vieillesse pour l'activité rémunérée exercée dans le cadre de leur capacité résiduelle de travail. Cette exception ne se justifie que dans ce cadre restreint. La réglementation selon laquelle ces prestations ne peuvent être versées que sous forme de rentes permet de te-

nir compte de besoins de prévoyance relativement urgents des personnes assurées et d'empêcher les abus.

Art. 1*i* **Age minimal pour la retraite**

La prévoyance professionnelle vieillesse vise - par définition - à fournir des prestations de prévoyance lorsque l'assuré aura atteint un âge relativement avancé. C'est pourquoi, il est nécessaire de fixer un âge minimal avant lequel il ne peut y avoir de retraite anticipée. Cet âge minimal s'applique à la fois à la retraite ordinaire réglementaire et au versement anticipé de la prestation de vieillesse.

Alinéa 1 : L'âge minimal a été fixé à 58 ans par le Conseil fédéral sur la base de l'évolution démographique, d'une part, et de considérations économiques, d'autre part. Une forte croissance économique est une condition indispensable pour la pérennité de notre système de sécurité sociale. Or, une forte population active est nécessaire pour favoriser la croissance économique. Pour tenir compte de l'augmentation de l'espérance de vie et du vieillissement de la population, il faut éviter les incitations à arrêter prématurément l'activité professionnelle, comme ce serait le cas avec un âge minimal inférieur à 58 ans et la possibilité fiscalement privilégiée d'effectuer des rachats pour compenser la réduction des prestations. Avec l'âge minimal de 58 ans, les entreprises disposent encore de possibilités suffisantes pour aménager une retraite flexible, en collaboration avec les partenaires sociaux.

L'*alinéa 2* permet aux salariés âgés, qui sont difficilement insérables dans le marché actuel du travail, de prendre une retraite anticipée avant l'âge minimal fixé par l'al. 1 en cas de restructurations d'entreprises et de licenciements collectifs. Ce faisant, on prend aussi en considération les situations de travailleurs dont la profession ne permet pas de continuer de travailler au-delà d'un certain âge pour des questions de sécurité publique et qui ne peuvent plus être maintenus au sein de leur emploi.

Art. 43, al. 1, let. b

L'institution de prévoyance est en principe responsable du choix du type et de l'étendue des mesures de sécurité supplémentaires, répondant notamment à ces questions : les risques d'invalidité et/ou de décès doivent-ils être couverts intégralement ou partiellement (par exemple en contractant une assurance de type stop-loss ou excess of loss) ? la longévité et les rentes pour enfants doivent-elles être couvertes par un tiers ou faut-il conclure un contrat d'assurance complet ? La décision doit être basée sur un rapport de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et, dans la mesure du possible, tenir compte de l'évolution du risque encouru par l'institution de prévoyance à l'avenir.

L'art. 43, al. 1, let. b, OPP 2 prévoit aujourd'hui déjà une obligation de prendre des mesures de sécurité supplémentaires (réassurance) liée au nombre d'assurés. Le relèvement de ce nombre, qui passe de 100 à 300, permet de tenir compte de la multiplication du nombre de cas d'invalidité et de l'accroissement des risques financiers que cela implique en particulier lorsque les collectifs d'assurés sont moins nombreux. Les restructurations d'entreprises ont un impact sur le nombre d'assurés et, par conséquent, elles modifient la structure d'âge et le profil de risque. Elles ont des conséquences plus importantes lors-

que les collectifs d'assurés sont relativement peu nombreux ; dans ce cas, une couverture appropriée des risques doit donc être réassurée pour faire face aux conséquences des fluctuations. Il appartient aussi à l'organe paritaire suprême de répondre à la question de savoir si l'institution de prévoyance entend assumer elle-même le risque de pertes liées aux placements et le risque de rendement insuffisant. Lorsqu'il est nécessaire de prendre des mesures de réassurances complètes, l'expert en matière de prévoyance doit le faire savoir dans son rapport.

Du fait de la non-rétroactivité, l'obligation de prendre des mesures de sécurité supplémentaires lorsqu'il y a moins de 300 assurés ne s'applique pas aux institutions de prévoyance existantes. Comme l'expert en matière de prévoyance est tenu de se prononcer régulièrement sur le type et l'étendue des mesures de sécurité supplémentaires et comme il examine avec une attention toute particulière les risques liés au fait que les assurés sont peu nombreux lorsque l'effectif comprend moins de 300 personnes, l'absence de rétroactivité ne devrait pas être préjudiciable. La nouvelle réglementation s'applique à toutes les institutions de prévoyance créées à partir du 31 décembre 2005.

Selon le droit en vigueur (art. 43, al. 4, OPP2), la création d'une réserve complémentaire peut aussi faire office de mesure de réassurance. Dans ce cas, la réserve doit être indiquée séparément. Cette réglementation continue à s'appliquer, même si la norme Swiss GAAP RPC 26 prescrit de faire figurer le montant nécessaire dans les provisions techniques. Ces provisions doivent être commentées dans l'annexe aux comptes annuels. Le rapport de l'expert fournit les bases y relatives.

Art. 48*g*

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 60*a* **Rachat**

Alinéa 1: Les barèmes de calcul des rachats doivent se baser sur les mêmes paramètres que ceux qui entrent en considération dans le cadre de la planification. Il faut en outre une adaptation périodique de ces paramètres en fonction des données effectives. Cette adaptation sera contrôlée respectivement par les experts en matière de prévoyance et les autorités de surveillance.

L'*alinéa 2* règle les rachats des personnes qui ont développé leur prévoyance sous forme de pilier 3a, au lieu du 2e pilier, pendant un certain temps. Tel est par exemple le cas des personnes qui étaient indépendantes jusqu'à présent et qui n'étaient pas assurées volontairement au 2e pilier. En ce qui concerne la prévoyance de ces personnes, le pilier 3a a remplacé dans une certaine mesure le 2e pilier, de sorte qu'elles ont pu verser des cotisations plus élevées pour le pilier 3a et bénéficier de déductions fiscales plus importantes sur leur revenu imposable, par rapport aux personnes qui sont déjà assurées au 2e pilier. Pour ces personnes, la part des avoirs du pilier 3a qui dépasse la somme qu'elles auraient pu verser dans un pilier 3a si elles avaient été assurées durant ces années dans le 2e pilier doit être prise en compte. Si l'on n'en tenait pas compte, la prévoyance de ces personnes serait beaucoup plus élevée que celle des personnes qui ont toujours été assurées au 2e pilier, ce qui serait contraire au principe d'adéquation.

Les autorités fiscales de certains cantons procèdent déjà à une telle prise en compte depuis des années. Il s'agit maintenant d'unifier la pratique. Par conséquent, il faut appliquer à tous les assurés d'une même classe d'âge les mêmes unités de valeur en ce qui concerne les montants du pilier 3a qui ne sont pas pris en compte. L'OFAS a établi un tableau qui détermine pour chaque classe d'âge le montant à prendre en considération (voir en annexe). Ce montant se base sur les déductions maximales possibles du pilier 3a des années correspondantes pour les personnes qui sont déjà assurées dans une institution de prévoyance (art. 7, al. 1, let. a, OPP 3) et sur le taux minimal LPP. Avec un tel tableau, on s'approche de façon optimale du montant qu'une personne, à côté d'un 2e pilier, aurait pu investir dans un pilier 3a. Etant donné que l'on déduit du montant du rachat la part du pilier 3a qui va au-delà, on empêche que la prévoyance fiscalement privilégiée ne soit doublée par un pilier 3a maximal et un rachat complet dans le 2e pilier. D'autre part, l'établissement d'un tableau simplifie l'application de cette disposition. Comme il n'existe pas de registre central des titulaires de comptes du pilier 3a, l'institution de prévoyance devrait exiger, en cas de rachat, une déclaration écrite de la personne assurée et des justificatifs.

Alinéa 3: Même après l'entrée en vigueur de l'art. 4, al. 2bis, LFLP au 1er janvier 2001, il y a encore des assurés qui sont dans une institution de prévoyance dans laquelle ils n'ont pas racheté toutes les prestations réglementaires et qui, en même temps, disposent d'un avoir du 2e pilier dans une institution de libre passage. Ceci est par exemple le cas lorsque la totalité de la prestation de sortie apportée n'était pas nécessaire pour financer les prestations réglementaires complètes lors de l'affiliation mais que des lacunes de prévoyance sont survenues plus tard (par exemple lors d'augmentations de salaire). Il peut aussi s'agir d'assurés qui, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 4, al. 2bis, LFLP, n'ont pas changé d'institution de prévoyance et qui, à l'occasion de leur dernière affiliation dans une institution de prévoyance sous l'ancien droit, n'avaient pas la possibilité d'apporter leur prestation de libre passage[1] Une personne assurée disposant d'avoirs du 2e pilier dans une institution de libre passage ne peut pas simultanément procéder au rachat dans cette même mesure et faire valoir les déductions fiscales y relatives. Ce principe figure désormais expressément à l'al. 3. Étant donné qu'il n'existe aucun registre central pour les avoirs de libre passage, l'institution de prévoyance devrait exiger une déclaration écrite de la personne assurée lors du rachat.

Art. 60*b* Cas spéciaux

Cette disposition vise notamment les personnes qui s'établissent en Suisse pour y exercer une activité lucrative en Suisse avec des hauts revenus. Même si elles disposent d'une prévoyance à l'étranger, il est fréquent qu'elles procèdent, après leur arrivée en Suisse, à des rachats d'un montant élevé. Le financement de ces rachats est généralement réparti sur la durée de séjour de la personne en Suisse qui va souvent repartir à l'étranger après quelques années. En cas de départ définitif de la Suisse, la personne assurée peut retirer son capital de prévoyance selon l'art. 5, al. 1, let. a, LFLP (toutefois, une personne qui quittera la Suisse mais qui continuera d'être assurée dans un Etat de

[1] Selon la réglementation en vigueur jusqu'au 1er janvier 2001, l'obligation d'apporter un avoir de libre passage dans la nouvelle institution de prévoyance n'existait que lorsque la nouvelle affiliation intervenait au cours de l'année qui suivait la sortie de la dernière institution de prévoyance (art. 12, al. 2 OLP dans la version valable jusqu'au 31.12.2000).

l'Union européenne ne pourra plus obtenir le versement en capital de la prévoyance minimale obligatoire à partir du 1er juin 2007, c'est-à-dire 5 ans après l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne ; le versement en espèces de la partie obligatoire de la prévoyance ne sera donc possible que si la personne fournit la preuve qu'elle n'est plus assurée obligatoirement dans un Etat de l'UE ; le versement en espèces de la partie surobligatoire de la prévoyance restera possible : voir le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 61 du 22 mai 2002 ch. 373). Ce versement en capital est généralement soumis en Suisse à l'impôt à la source qui peut toutefois être rétrocédé s'il existe une convention de double imposition entre la Suisse et le nouveau pays de domicile de la personne (cf. Prévoyance et impôts, édité par la Conférence suisse des impôts, cas A.4.3.1, A.4.3.2 et A.4.3.3).

L'objectif de la présente disposition est d'éviter que le rachat soit utilisé à des fins fiscalement abusives, et non plus dans le but d'améliorer le niveau de prévoyance. Comme la limitation du rachat de l'actuel art. 79a LPP est supprimée et qu'il est impossible en pratique de contrôler si des personnes disposent à l'étranger d'un régime de prévoyance équivalent à la prévoyance professionnelle suisse, le législateur a estimé nécessaire de charger le Conseil fédéral d'introduire une nouvelle disposition contre les abus. Selon l'*alinéa 1*, pendant une durée de cinq ans dès l'entrée dans l'institution suisse, la personne assurée pourra effectuer des rachats seulement jusqu'à concurrence de 20 % du salaire assuré, tel que défini par le règlement de prévoyance. Dans les cas de rachats des art. 6 et 12 LFLP, les versements effectués ne peuvent pas non plus dépasser 20 % du salaire assuré. Toutefois, si ces personnes souhaitent bénéficier d'une pleine couverture des risques dès leur entrée dans l'institution malgré la limitation du rachat durant les premières années en Suisse, elles peuvent s'engager à payer complètement la somme de rachat, de manière échelonnée dans le temps (cf. art. 6, al. 1, LFLP).

Si l'assuré change d'institution de prévoyance dans cette période de 5 ans, le délai se poursuit dans la nouvelle institution. Par exemple, si la personne change d'institution après une année, elle devra encore patienter 4 ans durant lesquels, dans la nouvelle institution, ses possibilités de rachat seront limitées à 20 % du salaire assuré selon le nouveau règlement.

Lorsque le délai de 5 ans est écoulé, l'institution de prévoyance doit donner à ces assurés la possibilité de racheter la totalité des prestations réglementaires par analogie aux art. 9 ss LFLP.

A noter que cette réglementation, qui s'applique aussi bien aux ressortissants suisses qu'aux ressortissants étrangers, respecte le principe de l'égalité de traitement consacré dans les accords internationaux ; à ce titre, elle est compatible avec les règlements et directives de l'Union européenne, de même qu'avec les instruments du Conseil de l'Europe.

Art. 60*c* Salaire assurable et revenu assurable

L'art. 79*c* LPP introduit une limitation du salaire assurable du salarié ou du revenu assurable de l'indépendant dans la prévoyance professionnelle surobligatoire (pilier 2b), c'est-à-dire la partie de la prévoyance qui excède l'assurance minimale obligatoire selon la LPP (pilier 2a). D'après l'art. 60*c*, *alinéa 1*, OPP 2, cette limitation vise l'ensemble de la prévoyance plus étendue. La limitation du salaire assurable ou du revenu assurable doit

prendre en compte la totalité des rapports de prévoyance de la personne assurée (cf. Message du Conseil fédéral sur la 1re révision de la LPP, Feuille fédérale 2000 p. 2559 ad art. 79*c*). Il est en effet possible que la personne assurée soit affiliée auprès de deux ou plusieurs institutions de prévoyance (pour la prévoyance minimale obligatoire, la prévoyance surobligatoire, voire la prévoyance « Bel étage »). Pour éviter les risques de manœuvres en présence de plusieurs institutions, la limitation du salaire assurable doit nécessairement être globale.

L'obligation d'informer de l'assuré selon l'*alinéa 2* se limite évidemment aux salaires les plus hauts. Une telle obligation ne vise donc pas les personnes qui réalisent des salaires beaucoup moins élevés auprès de plusieurs employeurs et dont la totalité, additionnée à d'autres revenus d'activité n'atteint pas la limite de l'art. 79*c* LPP. Il faut se baser sur l'ensemble des revenus soumis à cotisations dans l'AVS, en relation avec une activité lucrative dépendante ou indépendante (cf. art. 1, al. 2, LPP en relation avec les art. 5 et 9 LAVS, art. 7 ss et 17 ss RAVS). Lorsqu'un assuré perçoit des salaires de plusieurs employeurs, respectivement réalise un autre revenu professionnel en plus de son salaire, il y a un risque de dépassement de la limite du salaire et du revenu assurables cela, sans qu'aucune des institutions de prévoyance puisse en avoir connaissance. C'est pourquoi, cet assuré doit annoncer à chacune de ses institutions de prévoyance les salaires et revenus qui sont assurés auprès d'autres institutions. Par exemple, une personne réalise un salaire de 700'000 francs auprès d'un premier employeur, avec un salaire assuré réglementaire de 675'000 francs; elle perçoit également un salaire de 600'000 francs chez un second employeur, avec un salaire assuré réglementaire de 300'000 francs. Cette personne doit alors informer chacune de ses deux institutions de prévoyance sur le salaire assuré dans l'autre institution de prévoyance (675'000 francs, respectivement 300'000 francs).

En cas de dépassement de la limite fixée par l'art. 79*c* LPP, il faudra ramener le salaire ou le revenu assuré jusqu'au maximum admis par la loi, soit 774'000 francs en 2005 (ou, en cas de pluralité de rapports de prévoyance, le total des salaires ou revenus assurés). La limitation de l'art. 79*c* LPP concerne exclusivement les institutions de prévoyance enveloppantes et les institutions de prévoyance purement surobligatoires. En effet, une institution qui est active uniquement dans la prévoyance minimale obligatoire selon la LPP n'est pas soumise à la limitation du salaire assurable dans le pilier 2b. Lorsqu'une personne est assurée (avec le reste du personnel) auprès d'une institution de prévoyance minimale LPP et d'une ou plusieurs institutions pour la prévoyance surobligatoire, il n'y aura donc pas de réduction dans l'institution de prévoyance minimale LPP, mais uniquement dans les institutions pratiquant la prévoyance surobligatoire.

D'après l'art. 1, al. 2, LPP, le salaire assurable ou le revenu assurable de l'indépendant ne doit pas dépasser le revenu soumis à cotisations dans l'AVS. Le revenu de l'activité dépendante est régi par les art. 5 LAVS et 7 ss RAVS, et le revenu de l'activité indépendante est régi par les art. 9 LAVS et 17 ss RAVS. Selon l'art. 5, al. 2, LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé, et il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail (d'après l'art. 9, al. 1, LAVS, le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout reve-

nu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante). Par conséquent, le salaire assurable dans la LPP englobe notamment les bonus, les bons de participation et autres formes de rémunération analogues (cf. Prévoyance et impôts, édité par la Conférence suisse des impôts, cas A.1.3.6).

L'*alinéa 3* traite du salaire assurable et du revenu assurable en relation avec les risques décès et invalidité. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur n'a pas estimé utile d'insérer une disposition transitoire permettant aux assurés de continuer à bénéficier du salaire assurable ou du revenu assurable non plafonné conformément au droit en vigueur avant le 1er janvier 2006. Par conséquent, la limitation de l'art. 79*c* est applicable aux rapports de prévoyance déjà existants au moment de l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP ainsi qu'aux rapports de prévoyance formés ultérieurement. Toutefois, comme le législateur n'a pas voulu prétériter les assurés âgés en ce qui concerne les risques décès et invalidité, il faut éviter que ceux-ci soient soumis en pratique à des conditions d'assurance complémentaires beaucoup plus défavorables et onéreuses que sous l'ancien droit, voire qu'ils se voient refuser toute couverture d'assurance en étant considérés comme des « mauvais risques ». C'est pourquoi, il se justifie d'introduire pour les assurés âgés d'au moins 50 ans une disposition leur permettant de maintenir l'assurance de risques aux mêmes conditions qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 79*c* LPP. Par contre, l'épargne-vieillesse est toujours régie par le nouveau droit.

Art. 60*d* Rachat et encouragement à la propriété du logement

Le nouvel art. 79*b*, al. 3, LPP interdit les rachats facultatifs tant que les versements anticipés pour l'encouragement à la propriété du logement n'ont pas été remboursés. Le législateur voulait ainsi éviter que des personnes disposant de lacunes de prévoyance en raison d'un versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement ou pour d'autres raisons procèdent à des rachats facultatifs sans rembourser le versement anticipé. Cette opération était partiellement acceptée par les institutions de prévoyance pour des motifs étrangers à la prévoyance (optimisation fiscale des assurés). Selon les travaux parlementaires, le législateur ne voulait pas empêcher que les assurés qui disposent des possibilités financières puissent combler les lacunes de leur prévoyance. C'est pourquoi l'art. 60*e* précise que dès le moment ou le remboursement du versement anticipé est exclu, les rachats facultatifs des lacunes de prévoyance qui subsistent sont possibles.

Dispositions transitoires

a. Adaptation formelle

Pour autant que les dispositions transitoires particulières qui suivent ne prévoient pas d'autre réglementation, les présentes modifications déploient leur effet dès la date de leur entrée en vigueur. Étant donné que l'adaptation des règlements peut nécessiter un certain temps, les institutions de prévoyance ont à disposition un délai de 2 ans pour s'adapter formellement. Le fait qu'une institution de prévoyance n'ait pas encore entrepris de s'adapter formellement ne la libère cependant pas de l'obligation de prendre en compte la réglementation matérielle découlant de la loi et des ordonnances.

b. Stratégies de placement

Les institutions de prévoyance qui ont offert à leurs assurés des possibilités de choix entre plusieurs stratégies de placement qui ne sont pas compatibles avec l'art. 1*d* ne pourront plus continuer cette pratique à partir du 1er janvier 2006.

Les placements qui ont été effectués sur la base de solutions non conformes à l'art. 1*d* doivent être transformés en placements conformes à la loi et aux dispositions d'ordonnance. Pour éviter des pertes, la disposition transitoire b laisse un délai de deux ans aux institutions pour modifier leur réglementation de façon adéquate.

c. Principe d'assurance

Les avoirs qui, au moment de l'entrée en vigueur de la précision du principe d'assurance selon l'art. 1*g*, se trouvent dans des institutions de prévoyance qui n'ont pas adapté leur règlement et qui ne satisfont pas aux exigences de l'art. 1*d*, ne peuvent plus être financés à partir de ce moment. Les rendements peuvent toutefois encore leur être crédités.

d. Age minimal pour la retraite

Cette disposition transitoire donne la possibilité à l'institution de prévoyance de poursuivre pendant encore 5 ans les plans existants pour les personnes déjà assurées dans ces plans au 31.12.2005. Si ces personnes atteignent durant cette période de 5 ans l'âge minimal réglementaire de la retraite, elles pourront alors prétendre à une prestation de vieillesse sur la base du règlement de l'institution de prévoyance. Si elles ne partent pas à la retraite dans les 5 ans, l'article 1*i* entrera alors en application (âge minimal de 58 ans révolus, sous réserve des cas prévus par l'art. 1*i*, al. 2).

Cette disposition transitoire ne permet cependant pas à l'assuré d'en déduire une quelconque prétention selon laquelle il pourrait empêcher l'institution de prévoyance de modifier son règlement par la suite et de raccourcir à l'avenir la période de retraite anticipée.

Modification de l'OEPL - Commentaire

Art. 14, al. 1, OEPL

D'après l'art. 79*b*, al. 3, 2e phrase, de la LPP révisée, il faut d'abord rembourser les versements anticipés avant de pouvoir effectuer des rachats. Or, l'art. 14, al. 1, OEPL régit le cas des rachats effectués avant un tel remboursement. Il faut par conséquent abroger cette disposition qui n'est pas compatible avec la 1re révision de la LPP. Il est nécessaire de préciser l'art. 79*b*, al. 3, LPP pour les rachats qui interviennent durant les années où il n'est plus possible de procéder au remboursement d'un versement anticipé. Ces rachats doivent être réglés par analogie dans l'OPP 2 (voir art. 60*e*, OPP 2) et non pas dans l'OEPL.

Quant aux deux autres alinéas de l'art. 14 OEPL, ils doivent être maintenus, car ils régissent le remboursement des versements anticipés.

Modification de l'OPP3 - Commentaire

Art. 2, alinéas 2 et 3

Une modification de cette disposition s'est avérée nécessaire afin que la réglementation relative aux bénéficiaires dans l'OPP 3 ne soit pas plus restrictive que celle figurant actuellement dans l'ordonnance sur le libre passage. Etant donné qu'il s'agit là de prévoyance individuelle, il convient en effet de laisser un certain choix au preneur de prévoyance quant à la désignation des bénéficiaires. Cette modification avait échappé lors des travaux relatifs au 2e paquet des dispositions d'ordonnance.

Lorsqu'il n'y a pas de conjoint survivant, le preneur de prévoyance peut désigner un ou plusieurs bénéficiaires parmi les personnes mentionnées à l'al. 1, let. b, ch. 2 et préciser les droits de chacune de ces personnes.

Le preneur de prévoyance dispose également de la possibilité de modifier l'ordre des bénéficiaires mentionnés à l'al. 1, let. b, ch. 3 à 5 et de préciser les droits de chacune de ces personnes lorsqu'il n'y a pas de conjoint survivant et aucun bénéficiaire en vertu de l'al. 1, let. b, ch. 2.

Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs - Commentaire

Art. 3, al. 1, 2e phrase

La 1re révision de la LPP a introduit, à l'art. 24 LPP, l'échelle dégressive de l'AI. Selon l'art. 4 OPP2, il y a lieu de réduire les montants-limites des personnes partiellement invalides. Ces dispositions doivent également être transposées dans l'ordonnance et les montants-limites d'assurés partiellement invalides réduits en proportion.

Cet article déploiera ses effets la première fois dès janvier 2007, conformément aux dispositions transitoires de la lettre f, al. 2, de la 1re révision de la LPP, aux termes desquelles pendant deux ans après l'entrée en vigueur de la modification légale, soit au 1er janvier 2005, les rentes d'invalidité restent soumises à l'ancien droit, donc à l'art. 24 LPP dans sa version au 25 juin 1982.

Art. 4, al. 4 (nouveau)

Le salaire minimal assuré doit aussi être réduit, par analogie avec l'art. 3*a*, al. 2, OPP 2, lorsque les montants-limites des personnes partiellement invalides sont réduits pour l'assuranceobligatoire.

ANNEXE

Tabelle pour le calcul du montant maximal du 3e pilier a (selon art. 7, al. 1, let. a, OPP 3) en fonction de l'année de naissance
(le processus débute le 1er janvier de l'année des 25 ans)

Année de naissance	Processus débutant le 1er janvier …	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre	Etat le 31 décembre
		1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
1962 et avant	1987	4'147	8'633	13'298	18'438	23'784	29'919	36'530	43'405	50'728	58'344	66'409	74'796	83'577	92'709	102'351	112'378	122'107	130'931	140'397
1963	1988	0	4'320	8'813	13'773	18'932	24'874	31'282	37'948	45'053	52'442	60'270	68'412	76'938	85'804	95'169	104'909	114'396	123'047	132'315
1964	1989		0	4'320	9'101	14'073	19'820	26'027	32'482	39'368	46'530	54'122	62'018	70'287	78'888	87'976	97'428	106'672	115'149	124'220
1965	1990			0	4'608	9'400	14'960	20'973	27'226	33'902	40'845	48'210	55'869	63'893	72'237	81'060	90'235	99'245	107'555	116'436
1966	1991				0	4'608	9'976	15'789	21'835	28'295	35'014	42'146	49'563	57'334	65'416	73'966	82'858	91'628	99'766	108'452
1967	1992					0	5'184	10'805	16'652	22'905	29'408	36'315	43'499	51'028	58'858	67'145	75'764	84'303	92'277	100'776
1968	1993						0	5'414	11'045	17'073	23'343	30'008	36'939	44'206	51'763	59'767	68'090	76'380	84'176	92'472
1969	1994							0	5'414	11'218	17'253	23'674	30'352	37'355	44'639	52'357	60'385	68'424	76'041	84'134
1970	1995								0	5'587	11'397	17'584	24'019	30'769	37'788	45'233	52'975	60'774	68'218	76'116
1971	1996									0	5'587	11'541	17'734	24'233	30'991	38'163	45'623	53'183	60'456	68'160
1972	1997										0	5'731	11'691	17'948	24'455	31'366	38'554	45'884	52'993	60'510
1973	1998											0	5'731	11'749	18'008	24'662	31'581	38'684	45'632	52'965
1974	1999												0	5'789	11'810	18'215	24'877	31'762	38'554	45'710
1975	2000													0	5'789	11'954	18'365	25'039	31'679	38'663
1976	2001														0	5'933	12'103	18'574	25'069	31'887
1977	2002															0	5'933	12'203	18'554	25'210
1978	2003																0	6'077	12'291	18'790
1979	2004																	0	6'077	12'421
1980	2005																		0	6'192

Pour un état autre que le 31 décembre, procéder par interpolation linéaire des valeurs au 31 décembre les plus proches.

Chaque année, le tableau doit être complété par une ligne et une colonne supplémentaires.

Paramètres de calcul

Année		*1987*	*1988*	*1989*	*1990*	*1991*	*1992*	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*	*2002*	*2003*	*2004*	*2005*
Bonification		*4'147*	*4'320*	*4'320*	*4'608*	*4'608*	*5'184*	*5'414*	*5'414*	*5'587*	*5'587*	*5'731*	*5'731*	*5'789*	*5'789*	*5'933*	*5'933*	*6'077*	*6'077*	*6'192*
Taux d'intérêt		*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*3.25%*	*2.25%*	*2.50%*

Modifications de l'OPP 2suite à la 1ère révision de la LPP

Synthèse des résultats de la procédure de consultation sur la troisième étape (avril 2005)

1 Introduction

1.1 Situation initiale

Par décision du 24 mars 2004, le Conseil fédéral a donné suite à la proposition du DFI de faire entrer en vigueur la 1ère révision de la LPP en trois étapes ; il a simultanément adopté les dispositions d'ordonnances de la première étape, soit les dispositions touchant la transparence, la gestion paritaire et la résiliation des contrats d'affiliation ; ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er avril 2004. La deuxième étape de modifications d'ordonnances a été adoptée le 18 août 2004 et elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 ; elle traite de toutes les autres dispositions de la 1ère révision de la LPP, à l'exception des dispositions sur la notion de la prévoyance et le rachat. Celles-ci figurent en effet dans la présente étape – la troisième et dernière – qui entrera en vigueur le 1er janvier 2006.

Afin de préparer la mise en œuvre de cette troisième étape, le Conseil fédéral a mené une procédure de consultation sur les dispositions de l'OPP 2 y relatives. La consultation a débuté le 14 janvier et a pris fin le 15 mars 2005.

La liste des autorités, partis politiques et organisations consultés figure en annexe.

1.2 Prises de position enregistrées

Des 83 destinataires consultés, 52 ont pris position, parmi lesquels on trouve: 21 gouvernements cantonaux, 4 partis politiques, 3 autorités ou institutions apparentées, 11 organisations faîtières de l'économie, 5 organes représentatifs des assurés, des rentiers et des travailleurs indépendants, 2 organes d'application (institutions de prévoyance et d'assurance) et 4 autres organisations intéressées ; la **CSSS-N** et la **CSSS-E** ont également pris position sur le projet d'ordonnance.

Enfin, il été enregistré 41 prises de position spontanées d'entreprises, de caisses de pensions et d'autres organisations intéressées ainsi que 14 prises de position de particuliers. Par ailleurs, 8 prises de position sont parvenues tardivement; il en a été tenu compte dans la mesure du possible.

2 Accueil global du projet

2.1 Intervenants consultés

D'une façon générale, le projet d'OPP 2 est accueilli assez diversement. 16 intervenants en font une appréciation globale positive, 26 sont partagés et 6 jugent le projet mauvais.

Dans les avis mitigés, on salue généralement la volonté du Conseil fédéral de préciser la notion de prévoyance professionnelle, mais on n'est pas d'accord avec le contenu des dispositions.

Le désaccord est même flagrant s'agissant de l'âge minimal de la retraite anticipée, fixé à 60 ans. Seuls **Travail.Suisse**, la **Conférence suisse des impôts, PCS** ainsi que les

cantons d'**AG, AR, GL, VS, SH** et **JU** approuvent cette limite. Pour une très large majorité des intervenants, celle-ci doit être abaissée ; quant à fixer un âge, c'est la limite de 55 ans qui a les faveurs (**ASA**, **USAM, sec Suisse, PS, PRD, ASIP, UPS, Vorsorgeforum, VD, GE, LU**, **NW**, **SO**, **GR,** la **Chambre fiduciaire,** la **Chambre suisse des actuaires-conseils, UPS, innovation deuxième pilier, VVP, UDC, USP**, **UPS-SLFV, ARGOS, USS** et **USF**), avec toutefois l'un ou l'autre partisans d'une limite comprise entre 57 et 59 ans (**FSIH, SZ, TG, ZG**).

La réserve en faveur d'une retraite avant 60 ans dans les seuls régimes de droit public passe également très mal.

Pour le reste des dispositions, il est très difficile de faire une appréciation globale, les avis étant souvent très divers, voire contradictoires. Pour simplifier, on peut dire que les milieux de l'économie trouvent le projet trop restrictif alors que la plupart des cantons, de même que les syndicats et les milieux de gauche estiment qu'il ne faudrait pas aller vers plus de souplesse.

A noter que la **CSSS-N** juge le projet globalement bon, au contraire de la **CSSS-E** qui le juge mauvais.

Évaluation globale du projet:

Positive	Négative	Mitigée
AG	CSSS-E	AI
CSI	economiesuisse	ARGOS
CSSS-N	FER	ASA
FR	USAM	ASIP
GL	UDC	BE
JU	UPS	BL
CDF		BS
NE		Chambre fiduciaire
OW		Chambre suisse des actuaires-conseils
Pro Senectute		PDC
SAEB		PRD
SH		GE
TG		GL
TI		GR
VD		innovation deuxième pilier
VS		LU
		NW
		PS
		SG
		SO
		USS
		UR
		VD
		Vorsorgeforum
		VVP
		ZG

Évaluation de la proposition relative à la retraite anticipée

(âge minimum 60 ans):

Positive	Négative	Autre
AG	AI	ASA-SAV
AR	ARGOS	BE
CSI	ASA	BS
GL	ASIP	GE
JU	BL	NE
PCS	Chambre suisse des actuaires-conseils	OW
SH	CSSS-E	SG
Travail.Suisse	economiesuisse	UR
VS	PDC	ZH
	PRD	
	FER	
	FSIH	
	GE	
	GR	
	innovation deuxième pilier	
	CDF	
	LU	
	NW	
	PS	
	sec Suisse	
	SO	
	UDC	
	Swissbanking	
	TG	
	TI	
	Chambre fiduciaire	
	UPS-SLFV	
	USP	

	UPS
	USAM
	USF
	USS
	VD
	Vorsorgeforum
	VVP
	ZG

2.2 Prises de position spontanées

La quasi-totalité des 55 prises de position spontanées s'en prennent assez vivement à l'âge de la retraite minimal - 60 ans - fixé à l'art. 1h et préconisent d'abaisser cette limite à 55 ou parfois à 57, 58 ou 59 ans. Une association se prononce pour une augmentation de l'âge minimal de la retraite anticipée à 63 ans.

Les autres dispositions font l'objet de critiques moins virulentes, mais qu'il est impossible de synthétiser tant elles sont divergentes.

Certains intervenants enfin s'opposent de façon générale au projet, qu'ils jugent trop restrictif ou, plus rarement, trop libéral.

3 Prises de positions

3.1 Principes de la prévoyance professionnelle

3.1.1 Adéquation

Cotisations et prestations (art. 1)

AR approuve la disposition proposée.

USS, sec Suisse, **TG**, **SG**, **OW, FER, ARGOS, PCS** et **PS** sont en principe d'accord avec cette disposition. Dans certains cas de diminution temporaire du temps de travail, les limites prévues par cet article pourraient toutefois être dépassées. Il conviendrait de le préciser dans l'ordonnance (**sec Suisse**: dans le commentaire) et de donner des exemples dans le commentaire. En outre, l'évaluation de l'adéquation pour les travailleurs qui ont plusieurs rapports de prévoyance avec plusieurs institutions de prévoyance engendre des difficultés pratiques pour les institutions de prévoyance. **FER** s'interroge sur la portée de cette disposition sur les caisses de droit public, dont certaines dépassent aujourd'hui déjà la limite prévue. Une solution équivalente devra en tout cas être appliquée aux secteurs privé et public.

Pour **UPS** et **economiesuisse**, les limitations générales à 70 et 30 pour cent sont nécessaires d'un point de vue fiscal mais sont trop rigides s'agissant de l'objectif de prévoyance. Il devrait être possible d'y déroger dans certaines situations, en particulier pour les revenus les plus bas (retraites partielles). Concernant l'exclusion de la surassurance,

UPS propose: « … et lorsque, dans les deux cas, les prestations … n'entraînent pas une surassurance dans une mesure de plus de 100 pour cent du revenu brut ».

TI, NW, BS, SH, ASIP, USAM, et **UDC** sont d'avis qu'il conviendrait d'augmenter la limite de 70 pour cent à 80 pour cent, voire 90 pour cent.

TI, NW, BS, UR, ZH, USP, Vorsorgeforum et **UPS-SLFV** estiment qu'il y aurait lieu de biffer la réserve de la surassurance. **NE** trouve cette réglementation peu claire et se demande s'il s'agit de la surindemnisation visée par l'art. 24, al. 1, OPP 2.

Les taux de 70 et 30 pour cent figurant dans la disposition entraînent une surassurance pour la majorité des assurés: **CSI, CDF, AG, SZ** et **VD, LU, GR, ZG, BE, GL, SO, NE, VS** et **AI** proposent une limite des prestations réglementaires fixée à 60 pour cent du dernier salaire ou revenu assurable soumis à l'AVS

Concernant l'al. 1, let. b, **LU**, **AI, GL, SO, NE, VS** et **ZG** proposent de fixer les cotisations annuelles à 20 pour cent de tous les salaires, respectivement revenus AVS (**ZH** préconise 25 pour cent). Puis, de ces 20 pour cent, on ne prendrait en considération que la part affectée aux prestations de vieillesse (resp. aux bonifications de vieillesse). En effet, étant donné qu'à la let. a, on se fonde sur les prestations de vieillesse, on devrait faire de même ici, sans quoi certaines institutions de prévoyance pourraient prévoir, avec des prestations de risques plus basses, des prestations de vieillesse plus élevées que d'autres. **AI** et **ZG** pensent qu'avec une limitation à 30 pour cent, on vise un objectif de prestation plus élevé qu'à la let. a (avec une limitation à 60 pour cent).

Concernant le type de cotisations qui doivent être prises en compte, **FER** et **VVP** précisent que les cotisations d'assainissement ne doivent pas être incluses dans le montant indiqué à l'art 1. Pour sa part, **GE** estime que les cotisations pour les risques invalidité et décès devraient être exclues car certains assurés, notamment ceux du bâtiment, pourraient voir leur prévoyance professionnelle amoindrie par rapport à d'autres.

En revanche, pour **CSI, CDF, AG, SZ** et **VD,** la limite de 20 pour cent doit être fixée par rapport au montant annuel des bonifications de vieillesse de l'employeur et de l'employé et non pas par rapport à la somme des cotisations réglementaires de l'employeur et des employés.

Pour **AI** et **Vorsorgeforum**, il est important que l'on se fonde sur un modèle de calcul et non sur des cas particuliers, de telle sorte que les circonstances individuelles (p. ex. la réduction du degré d'activité avant la retraite) n'aient pas d'influence sur la question de l'adéquation.

Selon **GR** et **Vorsorgeforum,** les let. a et b doivent être formulées de manière alternative et non cumulative.

Innovation deuxième pilier se demande, en ce qui concerne l'al. 1, sur quels principes les limitations peuvent s'appuyer, lorsque l'on est en présence d'une institution de prévoyance qui ne verse que des prestations à bien plaire ; en outre, on devrait aussi tenir compte, dans la surassurance, des prestations d'invalidité.

De l'avis de la **Chambre fiduciaire,** l'al. 1 est mal construit car la réglementation qui y est proposée se cumule avec les dispositions sur l'interdiction de la surassurance. On ne voit

par ailleurs pas clairement si les autorités fiscales doivent examiner la question et, si oui, dans quelle mesure.

ASA, FR, Travail.Suisse, PCS et la **Chambre fiduciaire** relèvent qu'il faudrait tenir compte des variations de revenu ou du taux d'activité lucrative durant les 3, 5 ou 10 années précédant la retraite.

La **Chambre suisse des actuaires-conseils** estime qu'il faudrait modifier l'al. 1. En effet, le concept de surassurance est en principe utilisé pour des rapports de prévoyance individuels alors qu'il l'est ici en relation avec le plan de prévoyance concerné.

ASA-SAV propose une nouvelle teneur de l'al. 1, selon laquelle la let. a s'appliquerait à la primauté des prestations et la let. b à la primauté des cotisations. Selon la dernière partie de l'al. 1, il ne devrait y avoir aucune surassurance. Seul le salaire assuré devrait être limité - par le biais de l'art. 79c LPP - et non les prestations.

BE propose de supprimer l'al. 1, let. b, et l'al. 3 car ces dispositions contreviennent aux principes de l'autonomie et de l'indépendance consacrés à l'art. 49, al. 1, LPP

GR et **SG** préconisent la suppression de l'al. 2 dès lors que des plans d'épargne sans assurance-vieillesse (rente) ne sont pas compatibles avec la LPP (cf. à ce propos art. 1g). Des plans qui ne prévoiraient pas la transformation en rente sont de toute façon exclus.

ASIP est d'accord avec l'al. 2 mais propose de biffer l'al. 3 car il s'agit de définir l'adéquation par plan de prévoyance conformément au modèle de calcul.

UDC et VVP proposent de biffer l'al. 3. **PDC, innovation deuxième pilier** et **AI** se demandent si le maintien de l'al. 3 peut aller sans un gros surcroît de travail administratif.

Retraite anticipée (art. 1a)

USAM, UDC, VVP, Vorsorgeforum, ASIP, USP, UPS-SLFV, FER, JU, UR, ZH et **PCS** saluent les possibilités de rachat offertes par cette disposition.

CDF soutient les restrictions prévues à l'al. 2.

USAM, UDC et **VVP** préconisent de supprimer l'al. 2 ou à tout le moins la let. a de cette disposition. Pour **USAM, Vorsorgeforum et ASIP**, la disposition devrait être adaptée en ce sens que l'objectif réglementaire de prestations ne soit pas dépassé de plus de 20, resp. 25 pour cent. **CSSS-E et** la **Chambre suisse des actuaires-conseils** considèrent que la limite du dépassement possible de l'objectif de prestations de 5 pour cent est trop basse et infondée. **PRD et ZG** proposent d'admettre un dépassement de 10 pour cent (ZG plaide en outre pour une disposition expresse applicable en cas de continuation de l'activité lucrative malgré un préfinancement). Selon la **Chambre fiduciaire**, il n'existe pas d'obligation légale de régler le préfinancement des retraites anticipées ; l'al. 1 peut donc être supprimé. A l'al. 2, la limite devrait être fixée à 20 pour cent, comme le préconisait la commission LPP.

UPS, la **Chambre fiduciaire, FER** et **ASA-SAV** estiment que la limite de 5 pour cent pour un éventuel dépassement de l'objectif réglementaire de prestations est beaucoup trop restrictive ; ces intervenants proposent de prévoir des dérogations suivant les cas d'espèce et il prônent une élévation de la limite à 20 pour cent.

USP et UPS-SLFV proposent, pour l'al. 2, l'interruption dès le premier jour d'ajournement complet.

USS, Travail.Suisse, sec Suisse et **PS** sont d'accord avec le principe. La solution proposée et la limite de 5 pour cent sont toutefois trop schématiques. Une interruption du financement est justifiée seulement en cas de rachat complet et ne peut conduire à une réduction des prestations qu'en cas de rachat partiel. Ces intervenants proposent par conséquent d'adapter l'al. 2 en conséquence. D'autre part, il conviendrait de prendre en compte le fait qu'il existe aussi des rentes-pont (temporaires).

LU, BS, AI, OW, BE et NW estiment que l'al. 2, let. a, est contraire à la loi, car les cotisations ne seraient alors pas dues sur l'ensemble de la période d'assurance (contraire aux art. 10, 13, 15 sv. en relation avec l'art. 66 LPP). **LU** et **NW** craignent en outre de gros problèmes de mise en oeuvre de la let. b.

PDC, BS, AI, FR, ASA-SAV et **SH** constatent, considérant la let. b, que la limitation à 5 pour cent pourrait donner lieu à des problèmes d'application qui dépasseraient largement ceux causés par les abus qu'on entend combattre. **SH** plaide pour un réexamen de cette problématique.

TI retient une contradiction entre la disposition de l'art. 1a, al. 2, et celles des art. 15 et 16 LPP et estime que la limitation de 5 pour cent n'est pas de nature à apporter un frein aux abus.

SO considère que la réglementation proposée est adaptée aux caisses de pensions en primauté des prestations mais non à celles en primauté des cotisations.

ASA souhaite une formulation plus précise concernant le financement de l'avoir de vieillesse ou alors la suppression de l'al. 2, let. a ; cette disposition pourrait en effet conduire à ce que des personnes qui ont financé une retraite anticipée et qui continuent néanmoins à travailler perçoivent une rente de vieillesse inférieure à celle des personnes qui n'auraient rien racheté.

Pour **SG,** les 5 pour cent de dépassement de l'objectif de prestations constituent une limite supérieure. Combinée avec les autres dispositions, cette réglementation servira bien à favoriser la retraite anticipée et non à une optimisation fiscale. **TG** estime également que la limite de 5 pour cent au maximum est nécessaire et que la problématique est atténuée par l'âge minimal de 60 ans, de sorte que dans l'ensemble, la réglementation proposée est acceptable.

CSI, SZ et **AG** rappellent que les rachats supplémentaires ne doivent pas servir, par le biais de versements individuels, à dépasser l'objectif réglementaire qui serait atteint par le paiement des cotisations réglementaires ordinaires jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite fixé par le règlement. Les mesures particulières telles qu'elles sont prévues à l'al. 2 apparaissent dès lors absolument nécessaires afin de garantir que la possibilité d'effectuer des rachats supplémentaires serve effectivement à financer une retraite anticipée et d'éviter ainsi une utilisation abusive de tels rachats comme un instrument de planification fiscale pour les personnes aisées.

Selon **GE**, il faut prévoir des dispositions transitoires pour les institutions de prévoyance dont le règlement va au-delà des limites fixées par l'art. 1a, al. 2, OPP 2 et principalement

pour les personnes qui ont déjà financé une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires.

JU trouve la possibilité de versements supplémentaires entièrement justifiée mais est d'avis que l'interruption du financement de l'assurance vieillesse dès le premier jour d'ajournement de la retraite anticipée est en contradiction avec la LPP.

3.1.2 Collectivité

Plan de prévoyance (art. 1b)

Approuvent la disposition: **CSI, AG, SZ**, **JU, USP, ASIP, UPS-SLFV, VVP** et **SH.**

USS, sec suisse, TG et **PS** sont d'accord avec l'al. 1.

La **Chambre fiduciaire** salue cette disposition. La dernière phrase du commentaire: "En raison" n'est pas claire, est contraire au texte de l'ordonnance et au principe de la collectivité virtuelle et doit donc être supprimée. Il est étonnant que la notion de "catégorie d'assurés" ne soit plus utilisée.

Selon **GR** et **SG**, la disposition proposée représente la pratique en vigueur jusque là. Le catalogue des critères énumérés dans la disposition d'ordonnance devrait toutefois être reconsidéré. Pour empêcher des solutions individuelles, le salaire doit être considéré comme un critère prioritaire. L'ancienneté ne devrait pas être retenue comme critère dans l'ordonnance.

USS, sec Suisse, Travail.Suisse, PCS et **PS** demande la suppression de l'al. 2 (la collectivité étant quelque chose de concret).

LU se déclare favorable à la réglementation relative à la collectivité virtuelle pour les salariés actionnaires mais la désapprouvent pour les indépendants assurés facultativement.

Afin d'éviter des problèmes de sécurité juridique, la **CSI**, **AG, SZ**, **JU, BS, AI, GR, SG, TG, BE, GL, SO, NE, VS, UR, ZH** et **VD** demandent d'apporter une précision à l'art. 1b, al. 2 en vertu de laquelle l'art. 44 LPP est applicable. **CSI, AG, SZ** et **JU** approuvent le principe de la collectivité virtuelle mais, en référence au commentaire de cet article, relèvent qu'il ne saurait être question de collectivité virtuelle pour les indépendants. L**'USAM** demande avec insistance que la collectivité virtuelle soit également valable pour les indépendants..

TG fait remarquer en plus, que dans les cas particuliers fondés sur des relations personnelles ("bei personenbezogenen Verhältnissen"), les autorités fiscales devront en outre examiner la question de la répartition cachée de bénéfices.

Selon **ASA**, l'énumération des critères objectifs dans l'ordonnance doivent avoir un caractère exemplatifs et non contraignant. Elle salue en outre la reconnaissance du principe de la collectivité virtuelle.

Innovation deuxième pilier se demande dans quelle mesure il ne serait pas mieux de biffer cet article étant donné que la notion de collectivité se trouve à la frontière de la réglementation appropriée.

Possibilités de choix entre plusieurs plans de prévoyance (art. 1c)

Approuvent la disposition sans commentaire: **USP, UPS-SLFV, Travail.Suisse**

USS, sec Suisse, ZH et **ZG** sont d'accord avec les possibilités de chois prévues mais uniquement à la condition que les modalités prévues à l'al. 2 restent et ne puissent être amoindries.

CSI, AG, SZ, TG, LU, GL, BS, ZG, SO, NE, VS et VD acceptent le principe d'un choix limité entre plusieurs plans de prévoyance par l'assuré, pour autant qu'un collectif soit composé d'un nombre minimal d'assurés et estiment que cette limite doit être fixée à 20 assurés.

LU, GL et **BS** proposent d'adopter à la place de la réglementation des 2/3 prévue à l'al. 2 une réglementation selon laquelle trois plans de prévoyance peuvent être proposés uniquement si le collectif se compose d'au moins 20 assurés.

TI, NW, SH, BE et **AI** se demandent si cette règle n'est pas en contradiction avec l'art. 49 en ce sens que les institutions doivent garder le choix dans leur financement.

PRD salue la plus grande flexibilité qui résulte du choix des plans de prévoyance pour les assurés. Toutefois, il se demande si les institutions de prévoyance ne pourraient pas offrir plus de 3 plans par collectif à la condition que cette flexibilité encore plus grande ne pose pas de problème à la surveillance. Selon **USF** et **USAM**, il n'est pas compréhensible que selon l'al. 1 une institution de prévoyance ne puissse pas offrir plus de plans pour chaque collectif. Il faut impérativement trouver une solution plus ouverte. De plus, la première phrase de l'al. 2 doit être biffée. Ces normes sont inutiles, il suffit que le taux de contribution de l'employeur soit identique dans chaque plan.

FER, UPS, la **Chambre-fiduciaire, ASA, USAM, ASIP, Vorsorgeforum** et **VVP** approuvent la limite du choix à trois plans et proposent de biffer l'al. 2. Pour **FER**, dans le cadre d'une institution commune, cette limitation doit s'appliquer par collectif et non à l'ensemble de la collectivité d'entreprises. Pour ARGOS, l'al. 2 ne devrait pas concerner les fondations communes assurant des indépendants.

Pour **ASA**, l'aménagement concret des parts de contribution doit être laissé à la libre appréciation de l'institution de prévoyance. L'art. 1c, al. 2, dernière phrase contredit la dernière phrase de l'art. 66, al. 1, LPP. Par voie d'ordonnance, l'employeur est contraint d'augmenter sa part dans le plan minimal et dans le plan moyen de plus de la moitié.

OW salue la possibilité du choix entre plusieurs plans de prévoyance mais voit toutefois une autre charge administrative.

La **Chambre suisse des actuaires-conseils** soutient la possibilité de choix entre plusieurs plans de prévoyance mais remet en question l'exigence de la cotisation identique dans chaque plan pour l'employeur (**innovation deuxième pilier** est également du même avis). Elle demande la suppression de la dernière phrase de l'al. 2.

ASA-SAV salue la proposition mais demande la suppression de la réglementation relative à la répartition des cotisations contraire à l'art. 66, al. 1, LPP.

SG demande la suppression de l'article. SG rejette totalement la possibilité de choix entre plusieurs plans étant donné que la prévoyance est un système fondé sur la solidarité et un financement collectif et que la possibilité de choix est contraire à la jurisprudence. Le danger que les assurés ne choisissent pas le bon plan pour eux. Indépendamment, l'al. 2 est contraire à la liberté de financement dont dispose l'institution de prévoyance.

Selon **GE** il est contraire à la logique de contraindre l'employeur à payer le même montant de cotisation dans chaque plan. Il faut modifier cette disposition dans le sens que ce n'est pas le montant mais l'effort financier de l'employeur qui doit être identique pour chaque plan.

Collectivité: choix des stratégies de placement (art. 1d)

Approuvent la disposition: **USP, ASA, UPS-SLFV, Travail.Suisse, Chambre fiduciaire.**

USS, BS, TG et **LU** sont d'accord avec la possibilité de choix entre plusieurs stratégies de placements pour autant que les conditions restent telles qu'elles sont définies aujourd'hui. **SG** est d'accord mais la disposition doit être complétée avec l'indication que les prescriptions légales (y compris celle de la LFLP) sont applicables.

LU, **NW, ZG, TI** et **SO** sont d'avis que l'art. 17 LFLP doit être adapté si la disposition entre en vigueur telle qu'elle est proposée. En outre, selon **ZG**, la référence aux institutions de prévoyance enregistrées doit être remplacée par le critère de l'assujettissement à la LFLP. **ZG** et **NE** soutiennent particulièrement le fait que la possibilité de choix ne se fasse que sur la part dépassant de plus d'une fois et demie le montant limite supérieur et qu'elle ne puisse pas être couverte par le fond de garantie.

La **Chambre suisse des actuaires-conseils** est pour le choix des stratégies de placement. L'article proposé est cependant contraire à d'autres dispositions légales (en particulier la LFLP). Elle demande par conséquent une nouvelle formulation: "A l'intérieur d'un plan, plusieurs stratégies de placement peuvent être offertes. Si un assuré opte pour une stratégie de placement individuelle, l'art. 17 LFLP n'est pas applicable à son avoir de vieillesse". Selon **GE**, en vertu des art. 15 à 17 LFLP, il existe un risque qu'un assuré dont les placements ont connu d'importantes pertes en capital démissionne de son emploi de manière à toucher sa prestation de libre passage entière plutôt que des prestations de retraite réduites. Dans cette hypothèse, la perte est supportée par le collectif des assurés. **GE** est d'avis que l'ordonnance sur le libre passage devrait prévoir l'inapplicabilité des art. 15 à 17 LFLP pour éviter que ce risque ne se réalise.

ASA-SAV salue cette disposition. Elle fait toutefois remarquer que certaines dispositions (p. ex. l'art. 17 LFLP) peuvent être concernées. En même temps, il faut prendre en considération le fait que l'utilisation de différentes stratégies de placement comporte un risque et touche globalement la capacité de risque de l'institution de prévoyance.

ASIP et **Vorsorgeforum** sont d'accord avec le principe mais se demandent si le champ d'application est judicieux. La formulation suivante est proposée: "Les institutions de prévoyance qui assurent exclusivement la part du salaire dépassant de plus d'une fois et demie le montant-limite selon art. 8 LPP peuvent offrir plusieurs stratégies de placement". Pour **AI**, la condition que l'institution de prévoyance ne soit pas enregistrée soulève des questions. Sinon, **AI** salue particulièrement le fait que le fond de garantie n'intervienne pas pour ces placements.

VVP et **Vorsorgeforum** saluent le choix des stratégies de placement tel qu'il est prévu mais pensent qu'il y a un problème avec l'art. 17 **LFLP.**

SwissBanking et **GL** sont d'avis qu'en mentionnant le respect de la loi fédérale sur le libre passage, le commentaire restreint cependant la flexibilité et pose le problème de la solidarité au sein d'un même plan de prévoyance entre les différentes stratégies de pla-

cement en cas de performances négatives. Cette question devrait faire l'objet d'un examen complémentaire par la Commission LPP.

OW et **GL** saluent la possibilité du choix des stratégies de placement mais voient d'autres charges administratives. Pour **GL**, il est mieux de renoncer à cette disposition.

Pour **innovation deuxième pilier** la conception de cette réglementation est fausse. Il s'agit de ne pas mettre à la charge du Fond de garantie des plans de prévoyance comportant beaucoup de risques. La formulation suivante est proposée: "Les institutions de prévoyance peuvent offrir différentes stratégies de placement pour autant qu'elles ne touchent pas le domaine d'activité du Fond de garantie LPP.

Pour **GR**, la possibilité de choix est contraire à la loi car elle viole les dispositions de l'art. 71, al. 1, LPP et 49, al. 2, ss OPP 2 (en particulier l'art. 50).

Selon la **CSI, SZ, VS, ZH** et **AG**, le choix individuel des stratégies de placement est en principe contraire au principe de la collectivité et de la solidarité. Selon la **CSI, SZ, VS** et **AG**, le choix des stratégies de placement par les assurés ne saurait dès lors être admis qu'aux conditions restrictives mentionnées dans le projet du Conseil fédéral.

Selon **JU**, cette disposition offre des possibilités supplémentaires aux institutions de prévoyance non enregistrées mais il est à craindre que cela ne les rendent trop attractives au détriment des caisses enveloppantes.

3.1.3 Egalité de traitement (art. 1e)

Approuvent la disposition: **USS, USP**, **ASA, economiesuisse, UPS-SLFV, Travail.Suisse, VVP, sec suisse**.

Selon **TI, LU**, **NW**, **BS, AI, SO, BE, GL, UR, ASIP** et **UDC**, il faut préciser ce qui est entendu par « conditions » et parler de « plans de prévoyance » ou de « dispositions complémentaires ».

La **CSI, SZ, AG** et **VD** sont d'avis que la formulation ouverte qui est proposée reprend en grande partie la pratique actuelle relative au principe d'égalité de traitement. Afin de garantir à l'avenir l'égalité de traitement entre les différents collectifs d'une entreprise, **AI, GR, ZG, TG, SO, SG, CSI, SZ, AG, SO, GE, JU, NE, VS, UR, ZH** et **VD** demandent qu'une précision soit apportée à cette modification dans le sens que certains collectifs ne soient pas notablement favorisés par rapport à d'autres collectifs (équivalence relative, ATF du 29 juillet 2004, 2A 45/2003, doctrine et directives de l'AFC).

3.1.4 Planification (art. 1f)

Approuvent la disposition: **USS, USB, ASIP, UPS-SLFV, Travail.Suisse, sec Suisse, VVP, AI et LU**. **LU, BS, BE, innovation deuxième pilier, VVP, NW, GE, TI, SH, NE, ZH et SO** souhaiteraient que l'on concrétise la notion de „paramètres réalistes“. Pour **AI, ZG, TG, BE**, **GR**, **LU, BS, GL et SO,** il y aurait lieu d'établir pour une meilleure transparence dans l'ordonnance le contenu des paramètres pour les assurés.

La description du principe de la planification correspond à la jurisprudence et à la pratique administrative. L'obligation de transparence des divers paramètres est uniquement mentionnée dans le commentaire qui est insuffisant aux yeux de **CSI, SZ, VS** et **AG**. La plausibilité des paramètres doit pouvoir être comprise par toutes les personnes intéres-

sées et pas uniquement par les autorités fiscales - de sorte que ces paramètres doivent être accessibles de manière générale. **CSI, SZ et AG** demandent par conséquent que l'art. 1f précise que "le plan de prévoyance doit être déterminé sur la base de paramètres réalistes, *qui doivent être accessibles aux assurés*."

La **Chambre fiduciaire suisse** et **NE** proposent de biffer la dernière phrase de cet article. Pour la **Chambre fiduciaire suisse,** cette réglementation est bien trop souple et qui pourrait conduire les autorités à s'ingérer dans l'autonomie des institutions de prévoyance.

ASA estime que les fondations de placement et de financement ainsi que les fonds patronaux doivent être reconnus comme des instruments indispensables de la prévoyance professionnelle. Il est donc recommandé de bien le préciser. Les paramètres pour la fixation du but de prévoyance doivent être réalistes afin d'éviter des effets indésirables sur l'équilibre financier des institutions de prévoyance.

GE est d'avis qu'un prochain bulletin de l'OFAS devrait préciser à nouveau que le règlement ne saurait laisser le choix à l'employeur de fixer le taux de cotisation en fonction de son résultat commercial mais que celui-ci doit être fixé dans le règlement.

3.1.5 Principe d'assurance (art. 1g)

CSI, AG, ZG, TG, VS, PCS et **VD** approuvent le principe d'assurance tel qu'il est concrétisé dans le projet d'ordonnance. Il convient de préférer la vision par plan de prévoyance à une vision consolidée pour des raisons de simplification et de praticabilité. Une vision consolidée entre plusieurs plans de prévoyance ou institutions de prévoyance risquerait de vider de son contenu le principe d'assurance qui est désormais ancré dans la loi, car il serait toujours possible à l'avenir de prévoir des plans d'épargne purs. La vision consolidée serait en outre en contradiction avec la jurisprudence actuelle du Tribunal fédérale relative au principe d'assurance. **CSI, SGB, Travail.Suisse, sec Suisse**, **SP** et **VD** sont d'accord avec la couverture minimale d'assurance de 10 pour cent de toutes les cotisations et considèrent qu'il s'agit d'un minimum absolu. En revanche, lorsqu'un pur processus d'épargne est toléré pour des motifs objectifs en raison de l'existence d'un risque considérablement accru, l'exigence supplémentaire selon laquelle la prestation de vieillesse peut être versée uniquement sous forme de rente est un compromis acceptable pour les autorités fiscales. Il convient cependant de préciser dans le commentaire que le mode de calcul de la couverture minimale pour les risques de décès et d'invalidité implique que le salaire assuré soit identique pour tous les risques, y compris pour l'épargne vieillesse. **SO** salue l'encrage du principe d'assurance également dans le cadre de la prévoyance plus étendue, mais il aimerait par contre que les institutions de prévoyance puissent poursuivre les plans de prévoyance en vigueur, car on ne voit pas l'intérêt au plan fiscal à ce que les plans d'épargne actuels ne peuvent que porter intérêt jusqu'au cas d'assurance.

LU, BS, OW, AI, GL, ZH, USP, UPS-SLFV et **NW** n'approuvent pas l'al. 1. Pour **GR** et **SG**, il faut inclure également (avec référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral) dans le principe d'assurance, l'assurance pour la longévité. Les plans d'assurance qui ne prévoient pas de rentes de vieillesse ne sont pas compatibles avec la LPP. Le versement du capital ne peut être prévu qu'à titre d'option pour les assurés. C'est pourquoi cet alinéa doit être biffé.

CSSS-E et **ARGOS** craignent qu'avec la limite fixe de 10 pour cent, l'on ne puisse pas suffisamment tenir compte de la probabilité de l'évènement assuré.

Selon **TG**, le taux de 10 pour cent est finalement trop bas (plus bas que la pratique actuelle), mais un examen par plan de prévoyance et les gestes pour favoriser des solutions flexibles plaident en faveur d'une acceptation de cette disposition.

Pour **USP** et **UPS-SLFV**, le taux doit être réduit à 5 pour cent. Dans ce cas, l'al. 2 est indispensable, car il existe autrement le danger que des personnes atteintes dans leur santé soient totalement exclues de la prévoyance. Par ailleurs, les dispositions de l'ordonnance doivent expressément prévoir que des plans de risques purs sont autorisés. Pour **ASA**, le principe d'assurance est déjà respecté dans tous les cas lorsque les prestations de risques correspondent au moins à 7 pour cent (au lieu de 10 pour cent) des cotisations de vieillesse. Il y a lieu de prévoir un délai d'adaptation de cinq ans. C'est la raison pour laquelle, la proposition est faite de formuler différemment cet article. Selon **USF** et **USAM**, il y aurait lieu de permettre une dérogation à la limite de 10 pour cent dans certaines branches qui présentent des risques de décès et d'invalidité peu élevés. 5 pour cent suffisent. **SZ** fait remarquer que sa caisse de pension utilise effectivement que 6,2 pour cent de toutes les cotisations, à savoir moins que les 10 pour cent prévus.

Selon **PRD**, on pourrait envisager que l'on puisse descendre en-dessous de cette limite de 10 pour cent de l'ensemble des cotisations pour le financement des prestations de risques pour les branches à risques faibles (et par conséquent aussi des primes risques moins élevées). Il y aurait lieu d'examiner ce point de manière approfondie.

UDC, USP, UPS-SLFV, la **Chambre suisse des actuaires-conseils, USF, USAM, ASA** et **ASIP** proposent que le principe d'assurance est respecté lorsque les prestations de risques correspondent aux prestations minimales LPP. Selon **UPS, economiesuisse, VVP, LU, BS, OW, AI, GL, NW** et **BE,** les plans d'épargne pure doivent également être autorisés comme jusqu'à présent dans le cadre de la prévoyance plus étendue étant donné qu'il s'agit d'une forme traditionnelle de prévoyance. **FR** relève que l'interdiction des plans d'épargne pure - forme de prévoyance aujourd'hui assez répandue - pourrait être mal comprise par les assurés. **L'institution supplétive LPP** fait remarquer qu'elle offre sur la base de l'art. 47, al. 1, LPP un plan de prévoyance pure.

Selon la **Chambre-fiduciaire**, le principe d'assurance est respecté lorsque: „*à l'intérieur de la même* institution de prévoyance, *respectivement du rapport de prévoyance auprès du même employeur* 10 pour cent...". Le rejet des plans d'épargne pure est contraire au mandat constitutionnel de l'art. 113 Cst féd. En outre, il est proposé un délai de 5 ans pour l'adaptation des règlements.

BS et **TI** constatent par ailleurs à l'al. 1 une contradiction à l'art. 49 LPP. La LPP ne prévoit nulle part des cotisations minimales mais elle ne fait que définir des prestations dans le cadre du minimum obligatoire. Pour **ZG** und **TG**, l'art. 49, al. 2, chiffre 1, LPP exige sans équivoque que le principe d'assurance soit aussi respecté dans le cadre de la prévoyance plus étendue étant donné qu'il y a déjà des prescriptions correspondantes pour le régime obligatoire. Selon **innovation deuxième pilier**, la réglementation proposée pour le principe d'assurance contient de toute évidence une divergence. En effet, le critère principal repose pour l'essentiel pour le débiteur de prévoyance sur le risque qu'il

doive verser une prestation dont le financement est en soi garanti, et il découle implicitement du système fondé sur la compensation collective des risques.

TI est opposé à l'al. 2 dont il ne comprend pas le mécanisme.

L'al. 2 augmente le risque de détournement de la loi. **NW**, **AI**, **GL** et **BS** rajoutent qu'il est amplement suffisant pour atteindre le but voulu en matière fiscale lorsque –à l'exception de l'art. 37, al. 2 et 3, LPP- le versement du capital n'est pas autorisé pour les caisses d'épargne pure.

SH doute que la disposition proposée soit conforme à la pratique et part du principe qu'en vertu de l'al. 2, il n'est pas possible de constituer que de l'avoir de vieillesse pendant la durée des réserves de santé, mais plus après ce qui ne ressort pas du texte.

Pour **USP** et **UPS-SLFV**, l'al. 2 est indispensable si l'on diminue le taux à 5 pour cent, car il existe autrement le danger que les personnes atteintes dans leur santé soient totalement écartées de la prévoyance. D'autre part, les dispositions de l'ordonnance doivent expressément prévoir que les plans d'assurance couvrant les risques purs sont autorisés.

GR et **SG** considèrent l'al. 2 comme justifié quant à la matière. La **FSIH** salue expressément l'al. 2. Pour **TG**, la limitation dans ces cas à des plans d'épargne pure est également acceptable du point de vue fiscal lorsque ces prestations de vieillesse ne peuvent être versées que sous la forme de rentes.

Selon **l'institution supplétive LPP**, le cas particulier de l'institution supplétive viole l'al. 2 si l'on introduit pas dans la loi une remarque complémentaire.

3.1.6 Âge minimum de la retraite anticipée (art. 1h)

Pour **CSSS-E,** il n'y a pas de raisons valables de fixer la limite autorisée de la vieillesse pour l'âge minimum de la retraite à 60 ans, et même dans ce cas il existe également de bonnes raisons dans les rapports de travail de droit privé de descendre en-dessous de cette limite d'âge.

VD et **TI** sont d'avis que la fixation d'un âge minimum de la retraite anticipée à 60 ans ne relève pas de considérations d'ordre fiscal. Cet article doit par conséquent être abandonné, car le relèvement de l'âge minimum de la retraite anticipée posera beaucoup de problèmes. **FR, Swissbanking, UR** et **AI** prônent une certaine flexibilité en matière d'âge de la retraite anticipée: il faut en effet laisser aux partenaires sociaux un maximum de liberté afin qu'ils puissent adopter les solutions les mieux adaptées aux circonstances.

Si la **FER** comprend les motifs démographiques en faveur d'un rehaussement de l'âge minimum de la retraite anticipée, elle estime qu'il convient d'être plus souple notamment au regard des entreprises internationales qui ont aménagé et financé des conditions plus favorables.

ASA, **USAM, sec Suisse, PS, PRD, ASIP, UPS, Vorsorgeforum, VD, GE, LU**, **NW**, **SO**, **GR,** la **Chambre fiduciaire,** la **Chambre suisse des actuaires-conseils, innovation deuxième pilier, VVP, UDC, USP**, **UPS-SLFV, ARGOS, USS** et **USF** proposent l'âge de 55 ans, car cet âge doit être déterminé par les partenaires sociaux et non par le législateur. Il s'agit-là d'une ingérence injustifiée dans la liberté contractuelle des partenaires sociaux et dans l'autonomie d'organisation des institutions de prévoyance ainsi que dans la libre planification de la vie conférée à chaque assuré. La fixation de l'âge à 60 ans a

pour corollaire que les autres assurances sociales doivent en supporter les conséquences, en particulier l'assurance invalidité.

Selon **ASA**, l'âge de 60 ans est contraire à différentes conventions collectives de travail et aussi à l'art. 13, al. 2, LPP. Elle propose que les plans de prévoyance puissent prévoir dans le cadre de la prévoyance plus étendue et hors obligatoire des âges de retraite réglementaires entre 60 et 65 ans. Une retraite anticipée peut néanmoins être admise 5 ans avant l'âge réglementaire de la retraite.

CDF s'oppose à la fixation de l'âge de 60 ans. Les conséquences fiscales (craintes) peuvent être jugulées à l'aide d'une limitation plus sévère des rachats, respectivement, par une interdiction du retrait en capital avant 60 ans.

FSIH et **NE** se prononcent en faveur d'un âge de la retraite anticipée à 58 ans. **ZG** et **SZ** proposent un âge minimum de 59 ans.

Des exceptions en faveur des institutions de prévoyance de droit public, comme prévues à la 2e phrase, ne se justifient (plus) selon la **Chambre suisse des actuaires-conseils, Chambre fiduciaire, UPS, USAM, innovation deuxième pilier, VVP, USF, LU, SO, AI, CVP, UDC, PDC, ASA, FSIH, SZ, FER, ASA-SAV, Vorsorgeforum, UPS, CDF, TI, SH, GL** et **BS**. **OW** serait favorable à une réglementation homogène pour tous les assurés.

En outre, selon **LU, SO, TG, TI, ZG, GL, SZ, BS, AI, NW, UR, ZH et ASIP**, la notion de „droits acquis" devrait être précisée étant donné qu'elle ne vaut que pour le droit aux prestations et non en relation avec le maintien des conditions identiques régissant ce droit. Pour **ASA-SAV**, des exceptions sur la base des droits acquis sont possibles jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

BE propose de biffer tout cet article. Il y a lieu de promouvoir l'égalité de traitement pour l'ensemble des institutions de prévoyance et la mise en application doit être laisssée à l'initiative des partenaires sociaux.

Selon la pratique actuelle, les autorités fiscales admettent un âge minimum de 55 ans pour la retraite anticipée. Le commentaire du projet démontre de manière plausible que la tendance va dans la direction de l'augmentation de la durée du travail et du rehaussement de l'âge de la retraite. **CSI** et **AG** saluent le rehaussement de l'âge de la retraite anticipée car il a un impact direct sur la limitation du rachat des lacunes découlant de la retraite anticipée. Une limite à 60 ans semble dès lors soutenable à **CSI** et **AG** qui relèvent en outre que ce rehaussement constitue une première étape vers une coordination souhaitée de la flexibilisation de l'âge de la retraite dans le cadre de l'AVS avec la retraite anticipée dans le 2ème pilier. En revanche, la portée de l'exception à l'âge minimum en vertu de "droits acquis" n'est pas claire. **CSI** et **AG** sont d'avis que l'on ne saurait déduire de cette disposition que les caisses de pensions qui prévoyaient jusqu'alors un âge plus précoce de la retraite anticipée ou qui introduiraient un tel âge cette année encore pourront maintenir une telle règle pour une durée indéterminée.

Travail.Suisse et PCS saluent la fixation de l'âge de la retraite minimale à 60 ans. Ils ne sont pas en faveur d'une diminution de cette limite d'âge. On peut toutefois prévoir une exception à ce principe en introduisant la faculté de fixer un âge de la retraite en dessous des 60 ans dans le cadre d'un plan social élaboré par les partenaires sociaux. **SH, AR** et **GL** sont aussi favorables pour un âge minimum de la retraite anticipée à 60 ans.

Au vu de l'évolution démographique et de la tendance dans l'ensemble de l'Europe à une augmentation de la durée du travail, **JU** et **VS** sont d'avis que la fixation de l'âge minimal de la retraite anticipée à 60 ans est une solution raisonnable et soutenable. Pour **JU**, elle doit néanmoins prendre en compte autant que possible, la diversité des situations, notamment la pénibilité de certaines professions qui justifient qu l'on module l'âge minimum de la retraite anticipée.

Pour **TG** et **ZH**, la limitation à 60 ans peut se justifier . Afin d'assouplir le passage à partir de l'âge de la retraite anticipée, actuellement acceptée dès 55 ans, à la limite supérieure, on pourrait aussi opter pour un âge intermédiaire de 57 ans (**ZH**) ou 58 ans (**TG**). Il y a cependant lieu de prévoir des conditions identiques pour le régime obligatoire et surobligatoire. En aucun cas, des solutions qui sont en vigueur actuellement (ou qui sont introduites avant le 1.1.2006) faisant exception à cette règle, ne doivent pouvoir s'appliquer de manière illimitée.

3.2 Assurance obligatoire des salariés: personnes assurées et salaire coordonné (art. 1i)

USS approuve cette disposition.

3.3 Personnes assurées et salaires coordonnés: investissements dans l'entreprise (art. 32a)

Approuve sans commentaire: **VVP**

CSI, CDF, AG, SZ et **VD, GE**, **JU, BS, GR, AI, SG, ZG TG, SO, BE, GL, SGB, Travail.Suisse, sec Suisse, NE, VS, ZH** et **PS** désapprouvent cet article. Cette disposition est jugée inadéquate pour assurer une poursuite à long terme de la prévoyance et, par conséquent, est contraire à l'art. 4, al. 4, LPP. En outre, elle ne repose sur aucune base légale expresse. La possibilité d'utiliser les fonds de la prévoyance professionnelle pour n'importe quel investissement dans l'entreprise augmenterait la pression de tiers comme les banques ou les créanciers sur les indépendants se trouvant dans une situation financière difficile afin que ceux-ci touchent ces fonds. En outre, de nombreux indépendants cessent leur activité déjà après moins de deux ans et moins de 50 pour cent des indépendants dépassent le stade des 5 ans. Cette possibilité ouvrirait la porte à une occasion supplémentaire d'optimisation fiscale pour les indépendants se trouvant dans une situation financière favorable. De plus, pour **AI, SG, ZG, TG** et **GR**, cette disposition est contre-productive (douteuse au regard du droit de la prévoyance et fiscalement inacceptable). Lorsqu'un indépendant décide de s'affilier au 2^{e} pilier, il est impératif, du point de vue du droit de la prévoyance et sur le plan fiscal, que les avoirs restent bloqués jusqu'à l'échéance et qu'ils soient protégés de la mainmise de tierces personnes. Pour **GR, GL, ZH** et **TG,** il y a un problème d'application, étant donné que le contrôle des investissements dans l'entreprise n'est guère possible dans la pratique.

LU et **ARGOS** ne pourraient approuver cette disposition qu'à condition d'ajouter d'autres limites permettant d'éviter d'éventuels abus.

Pour **USP** et **UPS-SLFV**, cette disposition est absolument indispensable. Selon le **PRD, USF, USP, UPS-SLFV, ASIP, USAM** et la **Chambre fiduciaire**, il faudrait permettre plusieurs versements anticipés, au lieu d'un seul. Pour le **PRD** et l'**USF**, il se justifierait d'appliquer aux investissements dans l'entreprise la même réglementation que pour les versements anticipés pour l'accession à la propriété du logement. Selon la **Chambre fiduciaire**, cette disposition n'a jamais eu pour but d'empêcher d'effectuer simultanément

un versement anticipé pour le logement et un retrait pour des investissements dans l'entreprise. Il est proposé de biffer le renvoi aux art. 79b, al. 3, LPP et 14 OEPL.

ASA et **economiesuisse** n'ont pas d'objection contre le versement anticipé unique. Comme solution alternative pour la mise en application, il serait envisageable de toucher ce montant sous la forme d'un seul versement en espèces, dont on tiendrait compte lors de rachats ultérieurs. C'est pourquoi, ces deux intervenants proposent leur propre version de cet article.

Innovation deuxième pilier se demande si cette disposition est vraiment nécessaire et ajoute que l'institution de prévoyance devrait pouvoir fixer un délai adéquat.

La **CSSS-E** s'exprime de manière critique sur cette disposition et pose la question de savoir s'il serait nécessaire de rajouter d'autres limitations pour un tel versement anticipé: fixer une limitation temporelle plus étendue que les 3 ans jusqu'à la naissance du droit aux prestations de vieillesse et éventuellement limiter le montant du versement anticipé à une partie de la prestation de sortie, afin de diminuer le risque lié à la perte de rente.

La **Fondation institution supplétive LPP** se demande si cette disposition introduit une nouvelle possibilité de versement en espèces pour les indépendants qui ont déjà effectué un retrait lorsqu'ils ont commencé leur activité. De plus, il faudrait préciser que **«** faire valoir **»** doit être compris comme le dépôt de tous les documents justificatifs.

3.4 Rachat, salaire assurable et revenu assurable

Rachat (art. 60a)

USS, USP, UPS-SLFV, economiesuisse, ASA, ASIP, VVP, Travail.Suisse, sec Suisse, GR, SH, TG, AR, UR, ZH **et** LU **sont d'accord avec cette disposition (**LU, BS, TI, SG, NW, SH, GL **et** SO**: sur la notion de « paramètres »: voir les remarques sous art. 1f).**

Pour **GR**, il est particulièrement important de préciser que les mêmes paramètres s'appliquent aux rachats, afin de ne pas définir un objectif de prévoyance plus élevé (tel est par exemple le cas en pratique dans les caisses en primauté de cotisations lorsqu'on applique pour les barèmes de cotisations un taux d'intérêt plus élevé que l'évolution moyenne des salaires). Selon **CSI, SG, TG, GL, AG, SZ** et **VD**, il serait utile de mentionner dans le commentaire la pratique des autorités fiscales concernant la prise en compte des intérêts réels. Il convient en effet d'éviter qu'un intérêt bas ne soit pris en compte pour la fixation du taux de conversion et qu'un intérêt élevé ne soit pris en compte dans les tableaux de rachat. De plus, le commentaire relatif à cette disposition précise que l'expert ainsi que l'autorité de surveillance doivent vérifier que les paramètres utilisés correspondent aux données effectives de l'institution de prévoyance. **CSI, SZ, VS** et **AG** constatent cependant que les autorités de surveillance ne contrôlent pas, en règle générale, les éléments de nature actuarielle. Ces autorités devront dès lors prendre des mesures d'organisation adéquates afin d'effectuer un tel examen à l'avenir. Dès lors, les autorités fiscales ne pourront se baser sans autre sur les règlements que lorsqu'il sera certain qu'un contrôle effectif sera effectué par les autorités de surveillance.

SO, TG et **AI** proposent en outre une nouvelle disposition en remplacement de l'al. 2 de l'art. 60b: « Si une personne s'affilie pour la première fois à une institution de prévoyance, il faut déduire du montant maximum de la somme de rachat l'avoir du pilier 3a qui dépasse la somme maximale des cotisations annuelles déductibles du revenu à partir de 20

ans révolus selon l'art. 7, al. 1, let. a, OPP 3, cette somme étant créditée d'intérêts sur la base du taux d'intérêt minimal LPP alors en vigueur. » Avec cette disposition, on touche aussi les personnes qui ont déjà été affiliées une fois dans une institution de prévoyance mais qui se sont constitué ultérieurement un « grand » pilier 3a. De plus, elle tient compte du fait que les cotisations pour l'épargne-retraite peuvent être versées dès l'âge de 20 ans dans les institutions enveloppantes.

Selon la **Chambre fiduciaire**, cette disposition doit être biffée, car le législateur a voulu que les institutions de prévoyance fixent elles-mêmes les paramètres. Elle propose la modification suivante au cas où cette disposition serait maintenue: **«** L'institution de prévoyance peut en principe fixer librement les bases de calcul pour les possibilités de rachats. Les paramètres ne peuvent cependant être fixés de telle manière que leur combinaison soit considérée comme inhabituelle et qu'il en résulte de très grandes possibilités de rachats. **»**

Cas spéciaux (art. 60b)

Approuvent la disposition: **Chambre fiduciaire, SH, USP, UPS-SLFV, Travail.Suisse, sec Suisse, ASA, AI, ZG, TG, SO, USS, VS** et **LU**.

TG et **ZH** sont d'accord avec l'al. 1.

L'**UDC** propose de biffer les deux alinéas: il se justifie d'abroger l'al. 1, car l'art. 79a LPP donne désormais le droit à un rachat intégral et, en ce qui concerne l'al. 2, il vise des fins purement fiscales.

Pour **innovation deuxième pilier**, il faudrait clarifier si la disposition de l'al. 1 s'applique aussi à la période antérieure à l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP. Pour tenir compte des indépendants, il faudrait ajouter à la fin de l'al. 1: « … de leur salaire assuré ou de leur revenu assuré. »

Pour **SH**, il est important que l'OFAS fournisse un certain soutien (aussi sur le plan informatique) afin de limiter le surcroît de travail administratif pour les institutions de prévoyance.

La **CSI, AG, GR** et **VD** sont d'accord avec la réglementation prévue à l'al. 1 visant les personnes arrivant de l'étranger. Son application sera simple et n'empêche d'ailleurs pas un assuré de jouir immédiatement d'une couverture d'assurance complète par le biais d'un rachat par acomptes au sens des art. 6 et 12 LFLP.

FER s'oppose à la limite de 20 pour cent du salaire assuré tel que défini par le règlement. Même s'il faut lutter contre quelques abus, il ne faut pas pénaliser l'indispensable mobilité du personnel. Selon **FER, UPS, Chambre suisse des actuaires-conseils, USAM,** cette limite devrait être plus souple (2 ans, voire 3 ans au lieu de 5 ans et avec un taux de 50 pour cent ou de 33 pour cent et non pas de 20 pour cent). Pour les mêmes raisons, **FER** s'oppose à la limitation des possibilités de rachat qui, de surcroît, touche de nombreux indépendants qui assument eux-mêmes les risques économiques propres à leur activité. **CSSS-E** considère qu'il est injustifié de limiter les rachats à 20 pour cent durant les 5 premières années pour les personnes en provenance de l'étranger.

VVP, economiesuisse et **BE** proposent de biffer l'al. 1. Selon VVP il ne se justifie pas d'adopter une réglementation spécifique pour des cas particuliers; dans de tels cas, les autorités fiscales pourront et voudront opposer leur veto. Selon **BE,** cet alinéa ne serait pas conforme à l'art. 9 LFLP et au droit de l'UE (principe de l'égalité de traitement entre

les nationaux et les étrangers). En ce qui concerne l'al. 2, il faudrait une formulation beaucoup plus générale afin de toucher toutes les personnes qui se sont constitué un grand pilier 3a.

Pour **SwissBanking**, il est quasiment impossible de savoir si des assurés venant de l'étranger ont été affiliés à une institution de prévoyance et l'institution de prévoyance n'a pas les moyens de vérifier que l'assuré s'affilie pour la première fois à une institution de prévoyance.

Pour **SZ**, il faut également veiller à ce que le rachat soit aussi limité pour les personnes qui ont été assurées une fois en Suisse mais qui ont ensuite déménagé à l'étranger en touchant un versement en capital ainsi que pour les personnes qui ont changé d'employeur durant leurs 5 premières années en Suisse. Il est également impératif de réglementer la prise en compte des retraits du pilier 3a pour l'accession à la propriété du logement.

La **Chambre suisse des actuaires-conseils, VVP** et **ASIP** proposent de biffer purement et simplement l'al. 2.

AI, ZG, TG et **SO** sont d'accord avec cette réglementation globale, car elle est simple d'application. Par contre, ils proposent une autre formulation, selon laquelle la prise en compte d'une partie du pilier 3a ne seraient pas limitée aux seules personnes qui s'affilient pour la première fois à une institution de prévoyance. Pour assurer une égalité de traitement, elle devrait aussi s'appliquer aux personnes qui ont été affiliées brièvement à une institution de prévoyance avant de se constituer une prévoyance avec les « grandes » cotisations pour le pilier 3a (c'est par exemple souvent le cas des médecins).

SG refuse l'al. 2. Sur la base de sa pratique, en ce qui concerne les contribuables qui ont obtenu des grandes déductions fiscales pour le pilier 3a, il faudrait déduire du montant maximum de la somme de rachat l'avoir du pilier 3a « dans la mesure où il n'est pas constitué de cotisations déductibles selon l'art. 7, al. 1, let. a, OPP 3 ». Le fardeau de la preuve incombe aux contribuables.

En ce qui concerne l'al. 2, **GR** considère qu'il faut seulement prendre en compte les cotisations effectivement versées pour le pilier 3a. Comme c'est l'assuré qui a le fardeau de la preuve, la disposition proposée ne pose pas de problème d'application. Cette disposition devrait aussi s'appliquer aux personnes qui ont été assurées une fois au 2^{e} pilier auparavant.

USS propose d'ajouter dans l'al. 2 une disposition obligeant les personnes en question à renseigner l'institution de prévoyance sur d'éventuels avoirs du pilier 3a et à fournir des documents justificatifs.

LU, **BS, GL**, **NW, FR, UR** et **TI** craignent que la prise en compte générale du pilier 3a lors du rachat opéré par une personne qui s'affilie pour la première fois à une institution de prévoyance prétérite les femmes qui, après s'être occupées de leurs enfants pendant une période relativement longue, souhaitent reprendre une activité lucrative.

Concernant l'al. 2, **CSI, SO, AI, AG, NE** et **VD** proposent de déplacer cette réglementation à l'art. 60a. **CSI** et **AG** demandent une formulation plus générale de cet alinéa.

Salaire assurable et revenu assurable (art. 60c)

Approuvent la disposition: **USP**, **UPS-SLFV**, **ASA-SAV.**

Selon la **Chambre fiduciaire**, l'al. 1 est correct mais en pratique, il serait source de difficultés en ce qui concerne l'égalité de traitement et sa mise en œuvre entraînerait un surcroît de travail administratif.

sec Suisse est d'accord avec les al. 1 et 2.

Pour **AI, GR, TG** et **SO**, il est nécessaire de compléter le commentaire de l'al. 2 en ce qui concerne l'exécution des obligations des institutions de prévoyance.

La **Chambre suisse des actuaires-conseils, ASIP, FER** et **UDC** considèrent que la teneur de l'art. 79c LPP, relatif au salaire assurable et au revenu assurable, se réfère au règlement respectif. Or, les al. 1 et 2 de l'art. 60c voudraient appliquer cette limite à l'ensemble des rapports de prévoyance. Mais il n'y a pas de base légale pour cela. Par conséquent, il est proposé de biffer les al. 1 et 2. Par contre, la **Chambre suisse des actuaires-conseils, ASIP** et **UDC** sont d'accord avec l'al. 3.

VVP propose de biffer tout l'article. Les al. 1 et 2 doivent être biffés, car ils ne sont pas praticables (qui devrait contrôler l'ensemble des rapports de prévoyance et décider comment procéder à la réduction ?). Les autorités fiscales interviendront dans les cas les plus flagrants.

AI, GR, SG, TG, BE, USS, CSI, SZ, VVP, **AG, Travail.Suisse, sec Suisse** et **PS** exigent de biffer l'al. 3. Il s'agit là exclusivement de personnes ayant des revenus très élevés et dont les salaires assurés jusqu'à présent dépassent les 774'000 francs. Dans ces cas-là, l'application de la limite aux risques invalidité et décès ne risquerait pas de plonger ces personnes dans le besoin, étant donné que les rentes d'invalidité et de survivants basées sur un montant de 774'000 francs dépassent encore très largement le minimum vital. De plus, une telle exception est manifestement contraire à la volonté du législateur. Pour **AI, SG, VS** et **GR**, cette disposition ne repose pas sur une base légale suffisante. Pour leur part, **CSI, SZ, ZH** et **AG** ne voient aucune nécessité en matière de sécurité sociale en faveur de l'exception prévue à l'al. 3 qui de surcroît n'est pas couverte par le texte légal.

Pour **innovation deuxième pilier**, il faudrait clarifier dans l'al. 1 si cette limite s'applique aussi aux rapports de prévoyance à l'étranger. La limite de 50 ans fixée par l'al. 3 est arbitraire, car elle ne repose sur aucune justification objective. Cette disposition devrait être réexaminée de manière approfondie. **ASA** soutient la réglementation transitoire concernant les risques invalidité et décès. Par contre, elle s'oppose à l'introduction d'un âge-limite, car des assurés plus jeunes, en fonction de l'évolution de leur état de santé, risquent, eux aussi, de ne plus pouvoir se constituer une prévoyance adéquate. Si un âge-limite devait être fixé, il faudrait l'abaisser à 45 ans. De plus, on ne peut pas porter atteinte aux droits acquis des assurés. Pour **UPS**, l'absence de période transitoire et de réglementation d'exception serait d'une dureté inacceptable et entraînerait, dans certains cas, une réduction de 20 pour cent des expectatives de prévoyance. Elle demande des exceptions à la limite globale des rapports de prévoyance et une période transitoire de 7 ans.

Bien que peu de personnes soient vraisemblablement touchées par cette disposition, **CSI, SZ** et **AG** suggèrent de faire figurer dans le texte même de l'ordonnance les explications relatives aux obligations des institutions de prévoyance en la matière afin de per-

mettre de faciliter l'exécution de cet article. **SwissBanking** remet en question les modalités d'application de cette disposition puisque l'institution de prévoyance n'a pas la possibilité de contrôler que l'assuré ait rempli son exigence d'information. Par conséquent, seul l'assuré est en mesure d'assurer cette responsabilité.

3.5 Modification du droit en vigueur (art. 14 OEPL)

Approuvent la disposition: **USS, USP, UPS-SLFV** et **Travail.Suisse**.

Selon **ASA**, il ne faut pas abroger cet alinéa mais le remanier. Elle propose la nouvelle version suivante: « Les rachats d'années d'assurance peuvent être déduits du revenu imposable en cas de versement anticipé pour le logement, dans la mesure où le versement anticipé au sens de l'art. 60xx al. 4 ne doit pas être remboursé et que les rachats ajoutés aux versements anticipés ne dépassent pas les prestations de prévoyance maximales prévues par le règlement. »

Selon **UPS**, il est choquant que l'assuré ne puisse plus développer sa prévoyance après un versement anticipé pour le logement. Elle demande d'admettre des rachats ultérieurs et de limiter la somme de rachat seulement éventuellement.

3.6 Autres modifications proposées par les intervenants

Selon **USS, sec Suisse** et le **PS**, il manque encore dans le 3e paquet une disposition d'ordonnance concernant l'assujettissement à l'assurance des salariés qui exercent des professions où les engagements changent fréquemment ou sont temporaires (art. 2, al. 4, 1re phrase, LPP). Pour **sec Suisse**, il est urgent d'introduire une telle disposition.

Il est en outre fait référence à un rapport du Contrôle fédéral des finances de l'automne 2004 selon lequel des mesures devraient être prises en ce qui concerne l'imposition des prestations en capital. Les recommandations dudit rapport devraient être mises en pratique.

Pour **PRD**, il semble injustifié en relation avec l'art. 79b, al. 3, LPP d'exclure la compensation, respectivement la déduction fiscale de la perte d'intérêt sur les avoirs de prévoyance survenue avant le remboursement de la totalité du versement anticipé, alors que les intérêts liés à des dettes hypothécaires sont déductibles fiscalement. Il faudrait par conséquent reconsidérer ce point important.

LU, BS, OW, SG, BE, SZ et **NW** considèrent que le 3e paquet d'ordonnance n'a pas suffisamment prévu de périodes transitoires. Selon **ASA**, il faudrait introduire des dispositions transitoires et des délais d'adaptation, afin d'éviter que la nouvelle réglementation entraîne des restrictions injustifiées et des atteintes aux droits acquis. **SH** est également d'avis qu'il faut examiner si des périodes transitoires sont nécessaires (par exemple pour les art. 1c et 1g). La **Chambre fiduciaire** critique, elle aussi, l'absence des dispositions transitoires. Lorsque des salaires plus élevés ont été assurés jusqu'à présent, est-ce qu'il sera encore possible de verser des cotisations jusqu'à concurrence de ce maximum après l'entrée en vigueur de ces dispositions ? La situation des avoirs de prévoyance accumulés jusqu'à présent n'est pas claire non plus. Selon **GE**, l'absence de dispositions transitoires permettant un échelonnement de l'entrée en vigueur des dispositions d'ordonnance amènera des difficultés certaines. Il paraît dès lors nécessaire de prévoir des dispositions transitoires en particulier concernant la retraite anticipée qui nécessite une certaine planification de la part des assurés. Selon **CSI, VS** et **AG**, le législa-

teur n'a prévu dans la loi aucune disposition transitoire relative aux art. 1 et 79a ss LPP et a expressément refusé de telles dispositions. Il n'y a dès lors pas lieu de prévoir des dispositions transitoires dans l'OPP 2, ces dernières n'étant pas nécessaires.

Pour **AI, GL, UR** et **ZG**, il faut introduire des périodes transitoires suffisantes pour éviter un inutile surcroît de travail administratif et de pression. Cela vaut tout particulièrement pour le cas où l'art. 1c ne serait pas maintenu (possibilité de choisir entre plusieurs plans de prévoyance), afin d'éviter une violation des droits acquis lors de l'adaptation des plans de prévoyance.

Selon **ASA**, il y a un besoin de réglementation en relation avec l'art. 79b, al. 3, LPP. Il est absolument indispensable d'apporter des précisions et des clarifications permettant d'empêcher les abus, mais sans toutefois entraîner des restrictions au détriment des assurés. Pour apporter la précision et la clarté nécessaire dans l'OPP 2, il est proposé un art. 60xx, accompagné d'un commentaire. Pour **AI, BE, ZH** et **GR**, il faut aussi des dispositions plus claires sur ce point pour garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement. Selon **GR**, la volonté du législateur et le but de l'article excluent, en cas de rachat volontaire, de pouvoir effectuer un retrait de capital prélevé sur les avoirs de prévoyance déjà disponibles auparavant, car, sinon, on ne pourrait pas lutter efficacement contre les versements et les retraits abusifs qui visent exclusivement l'optimisation fiscale (sont exceptés les prestations en capital pour les survivants). **TG** souhaite des dispositions plus claires (pour la sécurité du droit et l'égalité de traitement). Ce canton souhaiterait être consulté avant l'adoption d'une éventuelle nouvelle disposition. Pour **BE**, il faudrait apporter des précisions sur les questions suivantes: est-ce que les versements anticipés avant 2006 doivent être remboursés avant le rachat ? Est-ce que les rachats avant 2006 sont aussi soumis au délai de 3 ans ? Après un rachat, comment sont calculées les prestations qui peuvent être perçues en capital durant la période de 3 ans ? Qu'en est-il du versement partiel en capital, en plus de la rente ? **CSI, GL, VS** et **AG** se demandent si des dispositions d'exécution relatives à l'art. 79b, al. 3 LPP ne devraient pas être prévues pour des motifs de sécurité du droit et d'égalité de traitement. Les dispositions d'exécution relatives à l'art. 79b, al. 3, LPP ne faisant pas l'objet de cette procédure de consultation, **CSI** et **AG** renoncent pour l'instant à soumettre des propositions concrètes et déplorent la formulation quelque peu malheureuse de cette disposition légale.

Selon la **Chambre suisse des actuaires-conseils** et **ASIP**, le 3^{e} paquet de dispositions d'ordonnance devrait être adopté au plus tard en juin 2005 pour bien préparer sa mise en application.

Pour **AI, ZG** et **GR**, il faudrait des dispositions complémentaires sur la compétence et les mesures organisationnelles en ce qui concerne les autorités de surveillance, étant donné que les institutions de prévoyance doivent se conformer à ces dispositions du droit de la prévoyance, que les experts doivent ensuite vérifier une telle conformité avant que les autorités de surveillance ne procèdent au contrôle de la légalité. Pour **AI**, les dispositions proposées sont insuffisantes sur ce point. Les compétences devraient être mieux délimitées. Comme les autorités de surveillance ne devraient pas traiter souvent de questions actuarielles, les autorités fiscales ne pourront pas toujours se baser sur l'examen effectué par les autorités de surveillance LPP (en ce qui concerne les institutions collectives et communes, il n'est pas fréquent que les différents plans de prévoyance soient présentés à celles-ci). Pour **TG**, il faudrait aussi des mesures organisationnelles complémentaires dans ce domaine.

Annexe

Liste des abréviations

Abréviation	Dénomination complète
AG	Canton d'Argovie
AI	Canton d'Appenzell-Rhodes intérieures
ARGOS	ARGOS Prévoyance SA
ASA-SAV	Association suisse des actuaires
ASA	Association Suisse d'Assurances
ASIP	Association suisse des Institutions de prévoyance
BE	Canton de Berne
BS	Canton de Bâle-ville
CDF	Conférence des directeurs cantonaux des finances
CSI	Conférence Suisse des impôts
CSSS-E	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national
FER	Fédération des entreprises romandes
FR	Canton de Fribourg
FSIH	Fédération Suisse pour l'intégration des handicapés
GL	Canton de Glaris
GR	Canton des Grisons
LU	Canton de Lucerne
NE	Canton de Neuchâtel
NW	Canton de Nidwald
OW	Canton d'Obwald
PCS	Parti chrétien-social
PDC	Parti démocrate-chrétien
PRD	Parti radical-démocratique suisse
PS	Parti socialiste Suisse
sec Suisse	Société Suisse des Employés de commerce
SG	Canton de St-Gall

SH	Canton de Schaffhouse
SO	Canton de Soleure
SZ	Canton de Schwyz
TG	Canton de Thurgovie
UDC	Union Démocratique du Centre
UPS-SLFV	Union des Paysannes Suisses
UPS	Union Patronale Suisse
USAM	Union suisse des arts et métiers
USF	Union Suisse des Fiduciaires
USP	Union Suisse des Paysans
USS	Union syndicale suisse
VD	Canton de Vaud
VS	Canton du Valais
VVP	Association de spécialistes en gestion de la prévoyance en faveur du personnel
ZG	Canton de Zug
ZH	Canton de Zurich

Directives sur les conditions à remplir pour créer des institutions collectives ou communes

du ***(version non officielle)***

Le Conseil fédéral,

vu l'art. 64 de la loi fédérale du 25 juin 1982[1] sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP),

édicte les directives suivantes :

1 Objectif

[1] Ces directives doivent garantir que toutes les autorités de surveillance appliquent la même procédure lors de la création d'institutions collectives ou communes selon le ch. 2.

[2] Elles devraient permettre à ces institutions de prévoyance de prendre un bon départ, pour que ni les destinataires ni le fonds de garantie ne subissent de pertes.

2 Champ d'application

21 Champ d'application général

[1] Les présentes directives s'adressent aux autorités de surveillance de la prévoyance professionnelle selon l'art. 61 LPP.

[2] Elles s'appliquent lors de la création d'institutions collectives ou communes soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage[2] (LFLP ; cf. art. 1 LFLP, art. 48 et 49, al. 2, ch. 14, LPP et art. 89bis, al. 6, ch. 12 du code civil[3]), quelle que soit leur forme juridique ou administrative.

[3] Elles ne s'appliquent pas à la création d'institutions d'associations professionnelles ou d'institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs étroitement liés entre eux sur le plan économique ou financier (institutions de groupes).

22 Modification de l'activité d'institutions collectives ou communes existantes

1 Si les activités des institutions collectives ou communes existantes connaissent des changements substantiels, les autorités de surveillance demandent qu'on leur prouve que ces activités pourront se poursuivre sur des bases solides. Constitue en particulier un changement substantiel la dissolution de liens économiques ou financiers étroits existant entre les employeurs affiliés. S'il s'ensuit une extension considérable des activités, les directives s'appliquent par analogie.

[3] Les autorités de surveillance demandent aux institutions collectives ou communes de les informer des changements substantiels modifiant leurs activités.

3 Examen préalable par l'autorité de surveillance

[1] L'autorité de surveillance demande les documents et pièces justificatives requis (cf. art. 6 et 7 OPP 1[4]) pour rendre la décision de prise en charge de la surveillance et, le cas échéant, pour l'enregistrement afin de procéder à un examen préalable à l'acte de fondation. Si l'institution de prévoyance est déjà inscrite au registre du commerce, avant qu'un examen n'ait eu lieu, et si les données fournies sont insuffisantes ou si les conditions ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance rend

[1] RS **831.40**
[2] RS **831.42**
[3] RS **210**
[4] RS **831.435.1**, ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 1)

une décision de prise en charge, afin d'ordonner des mesures permettant de résoudre les problèmes ou, le cas échéant, afin de prononcer la radiation ou la liquidation de l'institution de prévoyance.

[2] Pour procéder à l'examen préalable et en particulier fixer le montant du capital initial et celui de la garantie, l'autorité de surveillance exige des pièces telles que :

a. des indications sur le ou les fondateurs ;

b. des indications sur les organes ;

c. le plan d'affaires sur cinq ans, contenant les informations essentielles sur
le volume d'affaires et les perspectives de croissance (nombre d'affiliations, d'assurés, montant du capital de prévoyance, etc.),
le budget des deux premières années (frais de fonctionnement compris),
les plans de prévoyance,
l'analyse de la situation, les avantages et désavantages concurrentiels,
le concept de marketing (frais de publicité et de distribution compris),
l'organisation (contrôle de gestion interne et informatique compris),
le concept de financement,
le concept de placement (rendement visé et rendement indispensable compris),
l'analyse des risques d'assurance et des risques techniques, ainsi que des indications sur leur couverture ou leur réassurance,
d'autres informations ;

d. un projet d'acte de fondation et un projet de statuts ;

e. un projet du règlement d'organisation et un projet du règlement des placements ;

f. un projet de contrat d'affiliation ;

g. le type et l'étendue des éventuelles mesures de réassurances (contrat d'assurance) et montant des réserves techniques ;

h. un projet de déclaration de garantie.

[3] Lorsqu'elle examine les règlements, l'autorité de surveillance veille à ce que les prestations réglementaires et leur financement soient fondées sur une expertise de l'expert en matière de prévoyance professionnelle montrant que l'équilibre financier est assuré.

[4] L'autorité de surveillance veille également à ce que les règlements contiennent des dispositions sur les réserves de fluctuation et les autres réserves selon l'art. 48e OPP 2[5].

[5] Quand les règlements prévoient un taux de rémunération de l'épargne supérieur au taux d'intérêt minimal légal, l'autorité de surveillance ne donne son approbation que si le règlement prévoit expressément que ce taux peut être appliqué uniquement lorsque le capital de prévoyance est incontestablement couvert et que les réserves et les provisions sont suffisantes.

4 Prise en charge de la surveillance et enregistrement

L'autorité de surveillance prend les mesures suivantes, qui devraient permettre de garantir la situation financière selon l'art. 6, let. a, OPP 1.

41 Fortune initiale

[1] L'autorité de surveillance examine au plus tard lors de la prise en charge de la surveillance ou lors de l'enregistrement si la fortune initiale est suffisante. Elle fonde son analyse sur les explications figurant dans le plan d'affaires. La fortune initiale est suffisante si elle couvre les coûts d'administration et d'organisation, ainsi que les autres coûts de fonctionnement auxquels il faut s'attendre durant la phase de démarrage.

[2] L'autorité de surveillance peut autoriser l'inscription, dans le règlement, d'une disposition selon laquelle, en cas de liquidation partielle, le capital initial encore existant et toujours affecté ne doit pas être réparti proportionnellement.

42 Garantie

[1] L'autorité de surveillance examine, au plus tard lors de la prise en charge de la surveillance ou de l'enregistrement, si au moment de la création, l'institution de prévoyance dispose d'une garantie incessible et irrévocable auprès d'une banque soumise à la surveillance suisse des banques ou de la garantie d'une compagnie d'assurance soumise aux surveillances suisse ou liechtensteinoise ; cette garantie doit se monter au minimum à 500 000 francs et avoir été conclue pour une durée de cinq ans au moins. L'autorité de prévoyance peut fixer un montant minimal plus élevé, sans toutefois dépasser le plafond de 1 million de francs. Des critères tels que le capital de prévoyance attendu, le nombre de contrats d'affiliation et leur durée minimale sont déterminants pour le calcul du montant minimal.

[5] RS **831.441.1**, ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

[2] Il est fait usage de la garantie si l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation avant l'échéance de la garantie et s'il n'est pas exclu que les destinataires ou des tiers subissent un préjudice et/ou que le fonds de garantie doive fournir des prestations. Si ce n'est pas le cas, l'autorité de surveillance peut libérer la banque ou la compagnie d'assurance de son obligation de garantie avant l'échéance de la durée contractuelle. La banque ou la compagnie d'assurance intervient en faveur de l'institution de prévoyance à la première sommation écrite de payer. Seule l'autorité de surveillance compétente est habilitée à envoyer une sommation.

[3] Lorsqu'il existe une réassurance complète (contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques) pour une durée contractuelle d'au moins 5 ans, une garantie n'est plus nécessaire.

43 Mesures de sécurité supplémentaires (réassurance)

[1] S'il est prouvé que moins de 300 personnes seront affiliées à l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance examine, au plus tard lors de la prise en charge de la surveillance ou de l'enregistrement, si un contrat a été conclu avec une compagnie d'assurance soumise aux surveillances des assurances suisse ou liechtensteinoise ; le type et l'étendue des mesures de sécurité supplémentaires (réassurance) doivent être basés sur un rapport de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 43, al. 1, let. b, OPP 2, dans la version du 10 juin 2005).

2 Si l'existence de réserves suffisantes, comptabilisées séparément, est prouvée, une mesure de sécurité supplémentaire sous forme de contrat d'assurance n'est pas nécessaire (cf. art. 43, al. 4, OPP 2).

5 Exigences particulières posées aux organes et à l'organisation

51 Organe paritaire suprême de l'institution collective ou de l'institution commune

L'autorité de surveillance demande à l'institution de prévoyance qu'elle lui démontre que le principe de la parité est respecté. La représentation n'est pas appropriée à l'art. 51 LPP si l'organe paritaire suprême ne se compose que de deux membres.

52 Gestion et structure

[1] L'autorité de surveillance demande à l'institution de prévoyance de prouver que le ou la directrice de la caisse est titulaire du diplôme fédéral de gestionnaire de caisse de pension ou d'un autre diplôme équivalent obtenu à l'étranger, ou alors qu'il ou elle a acquis par d'autres voies de solides connaissances de droit, de technique (science) actuarielle, de comptabilité, de placement de capitaux et de gestion de caisse de pension.

[2] L'autorité de surveillance contrôle en particulier que le règlement d'organisation de l'institution contient des règles sur les compétences des services responsables, sur les processus internes, ainsi que sur les liens avec des services externes. Doivent aussi y figurer des indications concernant l'informatique, garantissant une application fiable, sans retards et sans erreurs, de la prévoyance professionnelle.

[3] Elle exige en outre que l'institution de prévoyance prouve qu'elle a pris suffisamment de mesures pour garantir la loyauté dans la gestion de la fortune (art. 49a, al. 3 et 4, OPP 2).

53 Organe de révision

L'autorité de surveillance demande encore la preuve

a. que l'organe de révision remplit les conditions légales (cf. art. 53, al. 1 et 4, LPP et art. 33 OPP 2) ;

b. que les réviseurs en chef jouissent d'une réputation irréprochable, qu'ils ont suivi une formation répondant aux exigences (de préférence titulaires du diplôme fédéral d'expert-comptable ou d'un diplôme étranger équivalent) et qu'ils ont une expérience professionnelle suffisante (en particulier dans le domaine du droit des fondations et de la prévoyance professionnelle) ;

c. que l'organe de révision remplit les conditions légales en matière d'indépendance (cf. art. 34 OPP 2). L'organe de révision atteste son indépendance par rapport à l'institution de prévoyance et fait part des éventuels conflits d'intérêts.

54 Expert en matière de prévoyance professionnelle

L'autorité de surveillance demande d'avoir la preuve que l'expert en matière de prévoyance professionnelle

a. jouit d'une réputation irréprochable,

b. possède le diplôme fédéral d'expert en assurances de pension (cf. art. 37 et 39 OPP 2) et ait une expérience professionnelle suffisante (une activité d'expert durant cinq ans est jugée suffisante),

c. remplisse les conditions légales en matière d'indépendance (cf. art. 40 OPP 2 ; l'expert atteste son indépendance par rapport à l'institution de prévoyance et fait part des éventuels conflits d'intérêts).

L'autorité de surveillance exige par ailleurs que l'expert fournisse une attestation déclarant qu'il reconnaît les principes et directives de l'Association suisse des actuaires (ASA) et de la Chambre suisse des actuaires-conseils[6]. Des modifications découlant de révisions de loi restent réservées.

6 Rapports après la création de l'institution

[1] L'autorité de surveillance peut exiger de l'institution de prévoyance en phase de démarrage qu'elle présente des rapports d'activités en fonction de la situation, soit même à un rythme inférieur à un an.

[2] Elle exige en particulier un rapport écrit sur le respect du plan d'affaires. Les écarts importants du moment ou prévisibles y sont expliqués et les mesures prises en conséquence ou prévues y sont présentées.

[3] Si, du fait des écarts, la réassurance est incomplète (cf. ch. 43), des mesures justifiées par une expertise de l'expert en matière de prévoyance professionnelle doivent être prises, telles qu'une modification du type et de l'importance de la mesure de sécurité supplémentaire (réassurance) ou une adaptation du montant de la réserve technique ; la modification du contrat d'assurance ou l'adaptation du montant de la réserve doivent être confirmées à l'autorité de surveillance.

[4] L'autorité de surveillance prescrit aux institutions de prévoyance de fournir spontanément des informations en cas de résiliation ou de modifications importantes du contrat d'assurance.

7 Entrée en vigueur

Les présentes directives entrent en vigueur le 1er juillet 2005.

Xxxxxxxxxxx 2005 Au nom du Conseil fédéral suisse :

Le Président de la Confédération : Samuel Schmid

La Chancelière de la Confédération : Annemarie Huber-Hotz

[6] du 28 août 2000, cf. http://www.kammer-pk-experten.ch/FR/chambre/grundsaetze-richtlinien-pve_f.pdf

Istruzioni concernenti le condizioni da adempiere per la fondazione d'istituti collettivi o comuni

del (versione inufficiale*)*

Il Consiglio federale svizzero,

visto l'articolo 64 della legge federale del 25 giugno 1982[1] sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP),

emana le seguenti istruzioni:

1 Scopo

[1] Le presenti istruzioni mirano a garantire che le autorità di vigilanza applichino una procedura uniforme al momento della fondazione d'istituti collettivi o comuni conformemente al numero 2.

[2] Esse devono permettere a questi istituti di previdenza di avviare le loro attività con buone prospettive affinché né i destinatari né il fondo di garanzia subiscano perdite.

2 Campo d'applicazione

21 Campo d'applicazione generale

[1] Le presenti istruzioni sono destinate alle autorità di vigilanza della previdenza professionale conformemente all'articolo 61 LPP.

[2] Esse si applicano in caso di fondazione d'istituti collettivi o comuni sottoposti alla legge sul libero passaggio del 17 dicembre 1993[2] (LFLP; art. 1 LFLP, art. 48 e 49 cpv. 2 n. 14 LPP nonché art. 89bis cpv. 6 n. 12 del Codice civile svizzero[3]), indipendentemente dalla loro forma giuridica o amministrativa.

[3] Esse non si applicano in caso di fondazione d'istituti di previdenza d'associazione o d'istituti di previdenza cui sono affiliati più datori di lavoro fra i quali sussistono stretti vincoli economici o finanziari (istituti di gruppi).

22 Modifica delle attività d'istituti collettivi o comuni esistenti

[1] Se le attività d'istituti collettivi o comuni esistenti subiscono modifiche importanti, le autorità di vigilanza chiedono che sia dimostrato che la solidità degli istituti è garantita. È considerato modifica importante in particolare lo scioglimento degli stretti vincoli economici o finanziari esistenti tra i datori di lavoro affiliati. Se ne risulta un considerevole ampliamento delle attività, le istruzioni sono applicabili per analogia.

[2] Le autorità di vigilanza ordinano agli istituti collettivi o comuni di informarle in caso di modifiche importanti delle loro attività.

3 Esame preliminare da parte dell'autorità di vigilanza

[1] Al fine di procedere a un esame preliminare l'autorità di vigilanza chiede i documenti e le pezze giustificative (cfr. art. 6 e 7 OPP 1[4]) necessari per emanare la decisione concernente l'assunzione della vigilanza e per un'eventuale registrazione prima dell'atto di fondazione. Se l'istituto di previdenza è già iscritto nel registro di commercio prima che sia stato eseguito l'esame preliminare e i dati forniti sono insufficienti o le condizioni non sono adempiute, l'autorità di vigilanza emana una decisione di assunzione della vigilanza al fine di ordinare provvedimenti volti a colmare le lacune o, eventualmente, la radiazione o la liquidazione dell'istituto di previdenza.

---

1 RS **831.40**
2 RS **831.42**
3 RS **210**
4 RS **831.435.1** Ordinanza concernente la vigilanza sugli istituti di previdenza e la loro registrazione (OPP 1)

[2] Per procedere all'esame preliminare e in particolare per fissare l'importo del patrimonio iniziale e quello della garanzia, l'autorità di vigilanza richiede i seguenti documenti:

a. informazioni sul/sui fondatore/i;

b. informazioni sugli organi;

c. il piano d'affari per cinque anni contenente le informazioni essenziali concernenti

il volume d'affari e le prospettive di crescita (numero di affiliazioni, assicurati, importo del capitale di previdenza ecc.),

il budget per i primi due anni (incluse le spese d'esercizio),

i piani di previdenza,

l'analisi della situazione, i vantaggi e gli svantaggi concorrenziali,

il piano di marketing (comprese le spese per la pubblicità e la distribuzione),

l'organizzazione (controllo di gestione interno e informatica),

il piano di finanziamento,

il piano d'investimento (compresi il rendimento perseguito e quello necessario),

l'analisi dei rischi di assicurazione e dei rischi tecnici e informazioni sulla loro copertura o sulle misure di sicurezza supplementari,

altre informazioni;

d. il progetto dell'atto di fondazione e il progetto degli statuti;

e. il progetto del regolamento concernente l'organizzazione e il progetto del regolamento sugli investimenti;

f. il progetto del contratto di affiliazione;

g. il genere e l'estensione di eventuali misure di sicurezza supplementari (contratto di assicurazione) e l'importo delle riserve tecniche;

h. il progetto della dichiarazione di garanzia.

[3] Quando esamina i regolamenti, l'autorità di vigilanza provvede in particolare a che le prestazioni regolamentari e il loro finanziamento poggino su una perizia, allestita dal perito in materia di previdenza professionale, che attesti che l'equilibrio finanziario è garantito.

[4] L'autorità di vigilanza provvede parimenti a che i regolamenti contengano disposizioni concernenti gli accantonamenti e le riserve di fluttuazione giusta l'articolo 48e OPP 2[5].

[5] Se i regolamenti prevedono un tasso d'interesse applicabile all'avere di risparmio superiore al tasso d'interesse minimo previsto dalla legge, l'autorità di vigilanza dà il suo consenso solo se il regolamento prevede esplicitamente che tale tasso può essere applicato solo se è dimostrato che il capitale di previdenza è coperto e se le riserve e gli accantonamenti sono sufficienti.

4 Assunzione della vigilanza e registrazione

Al fine di garantire la sicurezza finanziaria giusta l'articolo 6 lettera a OPP 1 l'autorità di vigilanza prende le seguenti misure:

41 Patrimonio iniziale

[1] L'autorità di vigilanza esamina, al più tardi al momento dell'assunzione della vigilanza o della registrazione, se il patrimonio iniziale sia sufficiente, basandosi sulle spiegazioni contenute nel piano d'affari. Il patrimonio iniziale è sufficiente se copre le spese d'amministrazione e d'organizzazione e le altre spese d'esercizio prevedibili durante la fase iniziale.

[2] L'autorità di vigilanza può autorizzare l'iscrizione nel regolamento di una disposizione secondo cui, in caso di liquidazione parziale, il patrimonio iniziale a destinazione vincolata ancora esistente non deve essere ripartito in modo proporzionale.

42 Garanzia

[1] L'autorità di vigilanza esamina, al più tardi al momento dell'assunzione della vigilanza o della registrazione, se, all'atto della sua fondazione, l'istituto di previdenza disponga di una garanzia non cedibile e irrevocabile di una banca sottoposta alla sorveglianza svizzera o di una garanzia di un'assicurazione sottoposta alla sorveglianza svizzera o a quella del Liechtenstein; tale garanzia deve ammontare almeno a 500 000 franchi ed essere stata conclusa per una durata minima di cinque anni. L'autorità di vigilanza può fissare un importo minimo più elevato, che non deve però superare 1 milione di franchi. Per il calcolo dell'importo minimo sono determinanti criteri quali il capitale di previdenza previsto, il numero dei contratti di affiliazione e la loro durata minima.

[5] RS **831.441.1** Ordinanza sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (OPP 2)

[2] Si fa uso della garanzia se prima della sua scadenza è stata avviata una procedura di liquidazione nei confronti dell'istituto di previdenza e non è escluso che i destinatari o terzi subiscano un danno e/o che il fondo di garanzia debba fornire prestazioni. In caso contrario, l'autorità di vigilanza può esentare la banca o l'assicurazione dall'obbligo di garanzia prima della scadenza della durata contrattuale. La banca o l'assicurazione adempiono l'obbligo di garanzia nei confronti dell'istituto di previdenza alla prima ingiunzione di pagamento scritta. Soltanto l'autorità di vigilanza competente è autorizzata ad emettere un'ingiunzione di pagamento.

[3] In presenza di misure di sicurezza supplementari che coprono tutti i rischi mediante un contratto d'assicurazione della durata di almeno 5 anni, non è più necessaria alcuna garanzia.

43 Misure di sicurezza supplementari

[1] Se è dimostrato che saranno affiliate all'istituto di previdenza meno di 300 persone, l'autorità di vigilanza esamina, al più tardi al momento dell'assunzione della vigilanza o della registrazione, se sia stato stipulato un contratto con un'assicurazione sottoposta alla sorveglianza svizzera o a quella del Liechtenstein. Il genere e l'estensione delle misure di sicurezza supplementari si fondano su una perizia allestita dal perito in materia di previdenza professionale (cfr. art. 43 cpv. 1 lett. b OPP 2 nel tenore del 10 giugno 2005).

[2] Se è dimostrata l'esistenza di riserve sufficienti e contabilizzate separatamente, non è necessaria una misura di sicurezza supplementare mediante un contratto di assicurazione (cfr. art. 43 cpv. 4 OPP 2).

5 Esigenze particolari poste agli organi e all'organizzazione

51 Organo paritetico superiore dell'istituto collettivo o comune

L'autorità di vigilanza chiede all'istituto di previdenza di provare che il principio di parità è rispettato. L'adeguata rappresentanza delle diverse categorie di lavoratori giusta l'articolo 51 LPP non è garantita se l'organo paritetico superiore è composto soltanto da due membri.

52 Gestione e struttura

[1] L'autorità di vigilanza chiede all'istituto di previdenza di provare che la persona responsabile della gestione è in possesso del diploma federale di gerente di cassa pensione o di un diploma estero equivalente o che ha acquisito in altro modo conoscenze approfondite in materia di diritto, di tecnica attuariale, di contabilità, d'investimenti di capitali e di gestione di casse pensioni.

[2] L'autorità di vigilanza esamina in particolare se il regolamento concernente l'organizzazione contenga norme sulle competenze dei servizi responsabili, sui processi interni e sui rapporti con servizi esterni. Il regolamento deve contemplare anche indicazioni concernenti il settore informatico, che garantisce un'applicazione tempestiva, corretta e sicura della previdenza professionale.

[3] Essa chiede inoltre all'istituto di previdenza di provare che sono state adottate misure sufficienti a garantire la lealtà nella gestione del patrimonio (art. 49a cpv. 3 e 4 OPP 2).

53 Ufficio di revisione

L'autorità di vigilanza chiede che sia dimostrato che

a. l'ufficio di revisione adempie alle condizioni legali (cfr. art. 53 cpv. 1 e 4 LPP e art. 33 OPP 2);

b. i revisori dirigenti godono di una reputazione irreprensibile, hanno seguito una formazione adeguata (il diploma federale di analista economico o un diploma estero equivalente costituiscono titolo preferenziale) e dispongono di un'esperienza professionale sufficiente (in particolare nel settore del diritto delle fondazioni e della previdenza professionale);

c. l'ufficio di revisione adempie alle condizioni legali in materia d'indipendenza (cfr. art. 34 OPP 2). L'ufficio di revisione attesta la propria indipendenza nei confronti dell'istituto di previdenza e rende noti eventuali conflitti d'interesse.

54 Perito in materia di previdenza professionale

L'autorità di vigilanza chiede che sia dimostrato che il perito in materia di previdenza professionale

a. gode di una reputazione irreprensibile;

b. è in possesso del diploma federale di perito in materia di assicurazione pensioni (cfr. art. 37 e 39 OPP 2) e dispone di un'esperienza professionale sufficiente. È considerata sufficiente un'attività svolta quale perito durante cinque anni;

c. adempie alle condizioni legali in materia d'indipendenza (cfr. art. 40 OPP 2). Il perito attesta la propria indipendenza nei confronti dell'istituto di previdenza e rende noti eventuali conflitti d'interesse.

Essa chiede inoltre al perito di presentare un certificato che attesti che egli riconosce i principi e le direttive dell'Associazione degli attuari svizzeri e della Camera svizzera degli esperti di cassa pensione[6]. Rimangono riservate modifiche derivanti da revisioni di legge.

6 Rapporti dopo la fondazione dell'istituto di previdenza

[1] L'autorità di vigilanza può chiedere all'istituto di previdenza che si trova nella fase iniziale di presentare rapporti d'attività a seconda della situazione, vale a dire anche a scadenze inferiori ad un anno.

[2] Essa chiede in particolare un rapporto scritto concernente il rispetto del piano d'affari in cui siano motivate divergenze sostanziali eventualmente verificatesi e/o prevedibili e presentate le misure adottate o pianificate di conseguenza.

[3] Se in seguito a queste divergenze le misure di sicurezza supplementari risultano insufficienti (cfr. n. 43), provvedimenti quali una modifica del genere e dell'estensione della misura di sicurezza supplementare o un adeguamento dell'importo della riserva tecnica devono essere documentati mediante una perizia del perito in materia di previdenza professionale. La modifica del contratto d'assicurazione e l'adeguamento dell'importo della riserva vanno confermati all'autorità di vigilanza.

[4] L'autorità di vigilanza ordina agli istituti di previdenza di fornire spontaneamente informazioni in caso di disdetta o di modifiche importanti apportate al contratto d'assicurazione.

7 Entrata in vigore

Le presenti istruzioni entrano in vigore il 1° luglio 2005.

Xxxxxxxxxxx 2005 In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Samuel Schmid
La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

[6] del 28 agosto 2000/www.kammer-pk-experten.ch/DE/Kammer/grundsaetze-richtlinen-pve_d.pdf

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 84

12 juillet 2005

Table des matières

Prise de position de l'OFAS

485 Durée du rapport de prévoyance en cas de versement d'indemnités journalières pour maladie

486 Ouverture d'un compte courant auprès d'un employeur lorsque celui-ci est une banque. Précision au sujet du bulletin no 80, chiffre 474

487 Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)

Jurisprudence

488 Refus de prestations de survivants et faute de l'assuré

489 Institution de prévoyance de droit public ; modification du règlement Financement intégral de l'institution de prévoyance : augmentation des cotisations de l'employeur; délimitation des voies de droit selon les art. 73 et 74 LPP

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

05.233

Prise de position de l'OFAS

485 Durée du rapport de prévoyance en cas de versement d'indemnités journalières pour maladie

Ces derniers temps, l'OFAS a été consulté à plusieurs reprises, tant par des assurés que par des employeurs au sujet de la durée du rapport de prévoyance ou la durée de l'obligation de s'acquitter de cotisations lorsque la personne assurée est en incapacité de travail et qu'elle touche des indemnités journalières pour maladie (cf. art. 324a, al. 4 CO) .

Pour la question de la durée de l'obligation de s'acquitter de cotisations, il convient de tenir compte de l'art. 10, al. 2, LPP qui, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2005, précise que l'obligation d'être assuré cesse, sous réserve de l'art. 8, al. 3 :

a. à l'âge ordinaire de la retraite (art. 13);
b. en cas de dissolution des rapports de travail;
c. lorsque le salaire minimum n'est plus atteint;
d. lorsque le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage s'éteint parce que le délai-cadre est écoulé.

En l'occurrence, les let. b et c sont déterminantes : le rapport de prévoyance peut cesser parce que les rapports de travail sont dissouts en raison de l'incapacité de travail de la personne assurée (let. b). Si c'est l'employeur qui dissout les rapports de travail, il convient de respecter les périodes de protection définies à l'art. 336c, al. 1, let. b, CO. Si le congé est donné durant l'une de ces périodes de protection, il est nul. S'il a été donné avant l'une de ces périodes, le délai de résiliation est suspendu et il ne recommence à courir qu'au terme de la période de protection (art. 336c, al. 2, CO). Le rapport de prévoyance, respectivement, l'obligation de cotiser, se poursuivent jusqu'au terme du rapport de travail résilié dans les règles, mais pas au-delà, quand bien même le droit à des indemnités journalières pour maladie n'est pas encore épuisé.

Le rapport de prévoyance cesse également si le salaire minimal aux termes de l'art. 7 LPP n'est plus atteint (let. c). Dans ce cas, le rapport de travail se poursuit mais les indemnités journalières pour maladie qui sont directement versées à l'assuré en lieu et place du salaire n'atteignent pas le seuil de 19 350 francs (en 2005), puisque, selon l'art. 6, al. 2, let. b, RAVS, les indemnités journalières pour maladie ne font pas partie du salaire AVS déterminant et ne sont, par conséquent, pas non plus assurées dans le cadre du 2e pilier (art. 7, al. 2, LPP). Dans ce cas, le salaire coordonné réalisé jusque-là garde sa validité et est maintenu tout comme le seuil tant que dure l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a CO (art. 8, al. 3, LPP). Le rapport de prévoyance se poursuit jusqu'à la fin de cette obligation légale théorique de l'employeur, théorique parce que l'employeur a satisfait à son obligation de verser le salaire en concluant une assurance d'indemnités journalières dont les indemnités se substituent au salaire. Quand bien même les rapports de travail n'ont pas (encore) cessé, le rapport de prévoyance et l'obligation de cotiser cessent lorsque l'obligation légale théorique de verser le salaire arrive à son terme car le salaire n'atteint plus le seuil minimum.

Enfin, il faut relever qu'il y a aussi les cas dans lesquels l'employeur verse des prestations salariales en plus des indemnités journalières, la personne assurée percevant

ainsi encore 100% du dernier salaire. La part de salaire versée en plus des indemnités journalières constitue du salaire déterminant selon l'AVS conformément à l'art. 7, let. m RAVS, raison pour laquelle il va falloir en principe l'assurer dans le deuxième pilier. Exemple: les indemnités journalières s'élèvent à 60% du dernier salaire, l'employeur verse en plus 40% du dernier salaire de sorte que la personne assurée touche l'entier de son dernier salaire. Dans ce cas, seuls les 40% versés en plus par l'employeur sont soumis à cotisations AVS et il est possible qu'ainsi, le seuil dans le deuxième pilier soit maintenu et que l'obligation de cotiser perdure.

486 Ouverture d'un compte courant auprès d'un employeur lorsque celui-ci est une banque. Précision au sujet du bulletin no 80, chiffre 474

Lorsqu'une institution de prévoyance ou une fondation collective dépose des fonds sur un compte courant auprès d'une banque et que cette dernière est également l'employeur, l'OFAS est d'avis qu'il ne s'agit pas d'un placement auprès de l'employeur (selon les articles 57 et 58 OPP2) lorsque ces espèces ne sont pas destinées à des placements mais uniquement au traitement d'affaires courantes (encaissements, paiements divers, frais, etc).

487 Article 79b, alinéas 3 et 4, LPP (rachat)

Le 3e paquet de la 1re révision de la LPP entrera en vigueur le 1.1.2006. Dès cette date, l'actuelle limitation du rachat de l'art. 79*a* LPP sera abrogée et l'art. 79*b* de la LPP révisée entrera alors en application[1]. Interrogé à plusieurs reprises au sujet de cette nouvelle disposition, l'OFAS exprime la position suivante, sous réserves d'autres questions actuellement encore à l'examen :

1. Est-ce que la nouvelle réglementation sur le versement des prestations en capital s'applique aux assurés qui ont effectué des rachats avant le 1.1.2006 ?

L'art. 79*b* s'appliquera à tous les rachats effectués à partir de son entrée en vigueur. Par conséquent, il ne s'applique pas aux rachats effectués jusqu'au 31.12.2005, qui sont actuellement soumis à limitation. Pour les rachats antérieurs à l'entrée en vigueur de cet article, le versement sous forme de capital n'est donc pas exclu.

2. Est-ce que le délai de 3 ans pendant lequel il ne peut y avoir de versement en capital s'applique aussi aux versements anticipés pour l'encouragement à la propriété du logement ?

Oui. Les prestations résultant de rachats ne peuvent pas non plus être retirées de la prévoyance en effectuant un versement anticipé pour le logement, car il s'agit là d'un retrait du capital de prévoyance.

[1] D'après le nouvel art. 79*a* LPP, le champ d'application de cette réglementation s'étend à tous les rapports de prévoyance et vise l'ensemble des rachats sans distinction entre les institutions de prévoyance enregistrées et non-enregistrées.

3. Est-ce que le versement des prestations en capital et les versements anticipés pour le logement sont aussi exclus pendant 3 ans lorsqu'une personne a racheté la prestation de sortie transférée lors d'un divorce ?

Non. L'art. 79*b*, al. 4, LPP prévoit expressément une exception pour ce cas particulier de rachat (cf. art. 22*c* LFLP).

4. A partir du 1.1.2006, est-ce qu'il faudra rembourser tous les versements anticipés pour le logement avant de pouvoir effectuer d'autres rachats ou bien seulement les versements **anticipés effectués dès cette date ?**

Pour tous les rachats effectués à partir du 1.1.2006, il faudra d'abord rembourser tous les versements anticipés pour le logement qui ne le sont pas encore, indépendamment du fait que ces versements soient antérieurs ou postérieurs à cette date (l'actuelle disposition de l'art. 14, al. 1, OEPL sur la coordination entre les versements anticipés et les rachats sera abrogée dès le 1.1.2006). Le montant minimal pour le remboursement d'un versement anticipé est de 20'000 francs, sauf lorsque le solde du versement anticipé à rembourser est inférieur à cette somme (cf. art. 7 OEPL).

Pour les personnes qui ne peuvent plus rembourser des versements anticipés pour le logement en raison de leur âge (cf. art. 30*d*, al.3, let. a, LPP), l'art. 60*d* OPP 2 prévoit une exception afin qu'elles puissent effectuer des rachats pour combler d'autres lacunes de prévoyance, dans la mesure où le règlement admet encore de tels rachats.

Jurisprudence

488 Refus de prestations de survivants et faute de l'assuré

(Référence à l'arrêt du TFA du 14 avril 2005, en la cause A. et B. contre Fondation collective LPP de la Rentenanstalt, B 133/04 ; arrêt en français)

(art. 34a LPP et 25, al. 2, OPP 2)

Un assuré est décédé dans un accident de voiture. Il ne portait pas la ceinture de sécurité et il avait un taux d'alcoolémie de 3,37 grammes pour mille. L'assureur-accidents a réduit les prestations de survivants de 50 % au motif que l'assuré avait provoqué l'accident en commettant un délit. L'institution de prévoyance (IP) a refusé le versement de prestations de survivants en faisant valoir qu'elle n'était pas tenue de compenser la réduction de prestations opérée par l'assureur-accidents, de sorte que les rentes LAA devaient être comptées comme si elles avaient été versées entièrement. Il en résultait que le total des revenus à prendre en compte dépassait 90 % du gain présumé perdu de l'assuré décédé.

Selon l'art. 25, al. 2, OPP 2 (dans sa version jusqu'au 31.12.2004), l'IP n'est pas obligée de compenser le refus ou la réduction de prestations que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire a décidé parce que le cas d'assurance a été provoqué par la faute de *l'ayant droit*. En l'espèce, l'art. 9 ch. 1 du règlement de l'IP prévoit une réglementation semblable, mais à la différence que la non-compensation intervient si le sinistre a été provoqué par la faute de *l'assuré*.

Selon le TFA, on ne saurait s'arrêter à une lecture purement littérale de l'art. 25, al. 2, OPP 2. Quand des prestations de survivants sont réduites par l'assureur-accidents, il est conforme à l'esprit et au but de l'art. 25, al. 2, OPP 2 que l'IP ne soit pas tenue de compenser, en tout ou en partie, les conséquences de cette réduction; la possibilité de cumuler les prestations de plusieurs assurances ne saurait l'emporter sur l'obligation des survivants d'assumer une part du dommage. Il s'agit là de la conséquence logique prévue par la loi de réduire les prestations de survivants même en l'absence de faute de ces derniers. Le projet d'ordonnance du 2 août 1983 stipulait à son art. 20, al. 2 (qui est devenu l'art. 25, al. 2): « Lorsque l'assurance-accidents ou l'assurance militaire n'octroie pas des prestations complètes de survivants ou d'invalidité parce que la cause qui est à l'origine du décès ou de l'invalidité n'est pas entièrement couverte par l'une de ces assurances, l'institution de prévoyance est tenue à prestations dans une proportion limitée. Elle n'est cependant pas obligée de compenser le refus ou la réduction de prestations que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire a décidé parce que le cas d'assurance a été provoqué par une faute ». La formulation large de cette dernière phrase pouvait viser aussi bien le comportement fautif de l'assuré (pour des prestations d'invalidité ou de survivants) que celui des ayants droit (pour des prestations de survivants). L'adjonction du mot *« ayant droit »* dans la version définitive de l'ordonnance relève d'une modification purement rédactionnelle dans laquelle on ne peut déceler une quelconque volonté du Conseil fédéral de ne pas appliquer cette règle aux prestations de survivants en cas de faute de l'assuré décédé.

En définitive, la non-compensation prévue par l'art. 25, al. 2, OPP 2 vaut également en cas de réduction des prestations de survivants de l'assurance-accidents en raison d'un comportement fautif de l'assuré.

489 Institution de prévoyance de droit public ; modification du règlement Financement intégral de l'institution de prévoyance : augmentation des cotisations de l'employeur; délimitation des voies de droit selon les art. 73 et 74 LPP

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 mai 2005 en la cause E.-R. K., 2A.609/2004; arrêt en langue allemande)

(art. 50, 51, 62, 66, 73 et 74 LPP)

La caisse de pension de la ville de Lucerne est une institution de prévoyance de droit public dotée d'une personnalité juridique propre. Le 29 juin 2000, le Grand-Conseil de la ville de Lucerne a décidé que la caisse de pension passerait à un système fondé exclusivement sur la capitalisation. La ville de Lucerne a assumé au 1er janvier 2001 la totalité du découvert technique que la caisse affichait dans le bilan de liquidation établi au 31 décembre 2000, en s'engageant à compenser ce découvert par des contributions annuelles versées rétroactivement. Selon le règlement modifié, tout employeur affilié de la ville doit payer en annuités la part du découvert technique qui lui revient. Cette modification du règlement est entrée en vigueur le 31 décembre 2000.

Le litige porte tout d'abord sur la légalité de ladite modification. Selon les recourantes (les paroisses affiliées), la modification litigieuse viserait le financement intégral de la caisse et elles devraient prendre en charge seules, en tant qu'employeurs, un découvert de

530 235 francs échéant au 31 décembre 2000. La réglementation prévue des annuités destinées à couvrir le déficit technique modifierait ainsi rétroactivement la répartition des cotisations de prévoyance entre employeurs et salariés. Les recourantes n'auraient jamais donné leur accord à ce changement.

Aux termes de l'art. 62, al. 1, LPP, l'autorité de surveillance s'assure que les institutions soumises à sa surveillance se conforment aux prescriptions légales. Ce faisant, elle vérifie notamment la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (art. 62, al. 1, let. a, LPP). Conformément à l'art. 66, al. 1, LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La part de l'employeur ne peut être augmentée qu'avec son assentiment (art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP). Cette disposition s'applique également, du moins pour le régime obligatoire, aux institutions de prévoyance de droit public. La forme de l'assentiment n'est pas prescrite par la loi. Un assentiment tacite n'est pas exclu.

Les modifications de règlement relatives aux prestations du régime obligatoire relèvent de la seule compétence du Grand Conseil de la ville de Lucerne, l'organe paritaire ayant toutefois le droit d'être consulté préalablement (cf. art. 51, al. 5, LPP). Le fait que les employeurs aient été consultés ne permet pas à lui seul de conclure qu'ils ont donné leur accord. Personne ne conteste en effet que les recourantes n'ont jamais expressément approuvé la modification en question du règlement.

Conformément à l'art. 10 du contrat d'affiliation que les recourantes ont conclu avec la caisse de pension de la ville de Lucerne le 1er juin 1989, les modifications ultérieures des statuts de la caisse sont contraignantes pour l'employeur et ses assurés. Ainsi les recourantes se sont concrètement engagées à reconnaître les modifications futures du règlement. Ce principe empêche également que les employeurs affiliés n'entravent ou ne compliquent sérieusement la procédure d'adaptation du règlement de la caisse de droit public. Cette réglementation correspond à la reconnaissance unilatérale des institutions de prévoyance d'établir des règles de droit telle qu'elle découle de l'art. 50 LPP. Une exception à ce principe est toutefois créée par l'art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP, qui accorde à l'employeur, par la réserve d'assentiment qu'il prévoit, une protection particulière contre l'augmentation unilatérale des cotisations d'employeur par les organes compétents pour édicter les règlements de l'institution de prévoyance.

L'assentiment donné au préalable à toute modification du règlement constitue une sorte de procuration générale accordée aux organes de la caisse qui peut avoir des conséquences importantes pour les employeurs concernés. Permettre sans poser d'autres conditions que l'employeur renonce à donner son accord à une décision unilatérale d'augmenter ses cotisations irait à l'encontre de la disposition de l'art. 66, al. 1, 3e phrase, LPP. Pour cette raison, il faut que les employeurs concernés aient la possibilité de résilier leur contrat suffisamment tôt, afin d'éviter que les nouvelles dispositions ne s'appliquent à leurs rapports de prévoyance. La fixation de la date de l'entrée en vigueur d'une modification du règlement a une incidence directe sur la question de savoir si les employeurs affiliés ont la possibilité de quitter la caisse suffisamment tôt. Il ne s'agit là pas (seulement) d'un litige concret impliquant deux

parties, mais d’une question litigieuse générale qui intéresse le contrôle relevant du droit de la surveillance.

La loi fait certes une distinction de principe entre la voie de droit relevant du droit de la surveillance selon l’art. 74 LPP et celle pour les litiges concrets, notamment entre une institution de prévoyance et un employeur affilié, selon l’art. 73 LPP. Ces voies peuvent cependant se recouper lorsqu’il s’agit de l’examen abstrait de dispositions réglementaires sous l’angle de leur conformité avec la loi. En ce sens, l’admissibilité générale d’une disposition transitoire ou relative à l’entrée en vigueur peut être examinée du point de vue du droit de la surveillance, ce qui ouvre également la voie de droit selon l’art. 74 LPP. En revanche, pour les litiges portant sur des conséquences juridiques concrètes et impliquant une institution de prévoyance et un employeur affilié, il convient de renvoyer à la voie de droit selon l’art. 73 LPP.

Il est donc possible, pour les modifications de règlement, d’examiner du point de vue du droit de la surveillance si le droit transitoire ou la réglementation en matière d’introduction, y compris l’entrée en vigueur, sont conformes aux prescriptions légales au sens de l’art. 62, al. 1, let. a, LPP. Quant à savoir si, en l’espèce, le contrat a été résilié dans les délais et quelles sont les conséquences juridiques concrètes de la résiliation, ce sont là évidemment des questions qui concernent uniquement le rapport direct entre les parties et pour lesquelles, en cas de litige, la procédure selon l’art. 73 LPP est applicable.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 85

8 septembre 2005

Table des matières

Prise de position de l'OFAS

490 Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers

491 Versement de la prestation de la prévoyance professionnelle à l'étranger

492 Versement anticipé et propriété commune des conjoints avec une tierce personne

Jurisprudence

493 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres

494 En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance

495 Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée

496 Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce

497 Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire

498 Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique

499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie

500 Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle

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

Prise de position de l'OFAS

490 Versement de la prestation de libre passage et Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes - Quelques cas particuliers

Ces derniers temps, plusieurs informations, souvent inexactes, ont circulé autour du versement en espèces de la prestation de sortie lorsque l'assuré quitte la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après mai 2007. Nous vous rappelons les informations données dans le bulletin no 61 du 22 mai 2002, ch. 373, que nous confirmons ci-après.

Les assurés qui quittent la Suisse pour un Etat de l'UE ou de l'AELE, après le 31 mai 2007, pourront continuer de toucher en espèces la partie correspondant à la prévoyance minimale obligatoire de la prestation de libre passage, sauf s'ils sont assujettis à l'assurance-pensions obligatoire d'un pays de l'UE/AELE. La part éventuelle restante de la prévoyance surobligatoire pourra faire l'objet d'un remboursement dans tous les cas. La prestation sera ainsi partagée et une partie du capital devra rester en Suisse. Le *transfert* du capital de prévoyance qui reste en Suisse doit obligatoirement être effectué à une institution de libre passage en Suisse (compte bancaire ou police d'assurance); un transfert à une institution étrangère est exclu, exception faite pour le Liechtenstein où le deuxième accord complémentaire à la convention de sécurité sociale permet le transfert de la prestation de libre passage dans une institution de prévoyance du Liechtenstein lorsqu'on commence une nouvelle activité salariée au Liechtenstein[1].

Quelques cas particuliers:

1. **Une personne quittant la Suisse pour s'établir comme indépendante dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa prestation de libre passage minimale légale (ci-après: PLP) conformément à l'art. 5,al. 1, let. b, LFLP?**

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE. Autrement dit, le critère déterminant en l'espèce n'est pas l'établissement ou non à son propre compte, mais l'assujettissement ou non à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE ou de l'AELE.

2. **Une personne quittant la Suisse pour s'installer dans un pays de l'UE ou de l'AELE ou qui est déjà installée dans ce pays a-t-elle droit aux prestations en vue de l'acquisition d'un logement?**

Oui, car «l'accord n'a pas d'effet (…) sur l'encouragement à la propriété du logement. Il sera toujours possible de transférer de l'argent à l'étranger afin d'y acquérir un logement en propriété» (message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF **1999** 5440, ch. 273.233.3[2]).

---

1 Voir Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 56, du 29 décembre 2000, ch. 333 (http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv56.pdf) et Bulletin de la prévoyance professionnelle no. 58, du 10 octobre 2001, ch. 359 (http://www.bsv.admin.ch/publikat/mbv/f/mbv58.pdf).

2 http://www.admin.ch/ch/f/ff/1999/5440.pdf

3. Y a-t-il un âge-terme à partir duquel le versement en espèces de la PLP est toujours possible?

Non. En revanche, selon l'art. 16, al. 1, OLP, *les prestations de vieillesse dues en vertu de polices et de comptes de libre passage* peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite visé à l'art. 13, al. 1, LPP. Pour autant que les conditions prévues par la police ou le compte de libre passage le permettent, l'intéressé aura donc droit à la prestation de vieillesse - soit presque toujours une prestation en capital - à 60 ans pour les hommes et à 59 ans pour les femmes (en 2005). Il s'agit bien sûr d'une prestation de vieillesse et non à proprement parler d'une PLP, mais le résultat est sensiblement le même.

4. Une personne qui touche une pension de vieillesse dans un pays de l'UE ou de l'AELE a-t-elle droit au versement en espèces de sa PLP?

Non si cette personne est assurée à titre obligatoire à l'assurance-pensions d'un pays de l'UE/AELE (art. 25f, al. 1, LFLP). La loi ne contient à cet égard aucune exception ou réserve en faveur des pensionnés.

491 Versement de la prestation de la prévoyance professionnelle à l'étranger

L'OFAS a été saisi de plaintes d'assurés à qui des institutions de prévoyance avaient refusé le versement de leur prestation de prévoyance à l'étranger. A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'Accord sur la libre circulation des personnes prévoit l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et ressortissants étrangers, de même qu'il consacre le principe de l'assimilation des territoires. Ces règles ont été étendues aux pays de l'AELE. Tant du point de vue de la prévoyance obligatoire que de la prévoyance plus étendue, les dispositions de droit européen, à savoir pour la prévoyance obligatoire, le Règlement 1408/71 de sécurité sociale et pour la prévoyance plus étendue, la Directive 98/49 priment le droit national. Ces textes prévoient notamment que les rentes versées ne peuvent pas être réduites ou suspendues du fait que les assurés résident dans un autre Etat que celui qui sert la prestation. En d'autres termes, la prestation doit être versée sur un compte bancaire dans le pays de l'UE/AELE où réside le bénéficiaire si ce dernier en fait la demande. Ainsi la prestation sera servie au bénéficiaire sans être amputée des frais inhérents au transfert de sommes d'une banque en Suisse à une banque à l'étranger.

492 Versement anticipé et propriété commune des conjoints avec une tierce personne

L'OFAS a été consulté sur la question de savoir si un conjoint a droit au versement anticipé lorsque le logement est en propriété commune entre les époux et un tiers.

Selon l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL), les formes autorisées de propriété du logement sont:

a. la propriété;
b. la copropriété, notamment la propriété par étages;

c. la propriété commune de la personne assurée avec son conjoint;
d. le droit de superficie distinct et permanent.

D'après la lettre c de cette disposition, seule la propriété commune entre les époux est admissible. Par conséquent, sont exclus les autres cas de propriété commune où une autre personne que les époux est également propriétaire en commun (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32 du 21 avril 1995, p. 12 ch. 2.8 et p. 14 ch. 2 avant-dernier paragraphe : instruction et directive de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier). Contrairement à la copropriété, il n'y a pas de quote-part pour chacun des propriétaires en commun (art. 653, al. 3, CC), de sorte que le montant du versement anticipé ne peut être individualisé pour chacun d'entre eux.

Ce principe s'applique non seulement au 2e pilier mais également au pilier 3a. En effet, l'art. 3, al. 5, de l'ordonnance OPP 3 renvoie pour les notions de propriété du logement, de participation et de propres besoins aux art. 2 à 4 OEPL.

Jurisprudence

493 Compétence du tribunal de l'art. 73 LPP, action en responsabilité par l'assuré et critères de répartition des fonds libres

(Référence à l'arrêt du TFA du 25 juillet 2005, en la cause M. contre le Fonds de prévoyance en faveur du personnel de la fiduciaire des arts et métiers SA en liquidation et A., G., C. et Z. SA ; arrêt B 6/05 en français)

(art. 52, 73 et 74 LPP)

L'assuré M., licencié par Z. SA, a intenté devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud une action en responsabilité contre 3 membres du conseil de fondation A., G. et C. ainsi que contre la société Z. SA et le Fonds lui-même en raison des actes de ses organes. M. prétend que A., G., C., Z. SA et le Fonds seraient responsables d'avoir soi-disant versé indûment une rente de vieillesse à R., ancien administrateur de Z. SA ainsi qu'une rente de veuve à l'épouse de R après le décès de celui-ci. De plus, M. conteste devant ce même tribunal les critères de répartition des fonds libres.

Selon l'art. 52 LPP, les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Le tribunal désigné par l'art. 73 al. 1 LPP statue sur les prétentions en responsabilité émises à ce titre (art. 73 al. 1, 2e phrase, LPP). La créance en responsabilité contre les personnes mentionnées appartient toutefois uniquement à l'institution de prévoyance. Les assurés eux-mêmes ne peuvent faire valoir aucune prétention à ce titre. La voie de l'art. 73 LPP n'est donc pas ouverte contre une action en responsabilité d'un assuré fondée sur le droit de la prévoyance professionnelle (art. 52 LPP). Plus généralement, la responsabilité de l'institution de prévoyance à l'égard des assurés ou de tiers relève de la responsabilité des organes d'une personne morale selon l'art. 55 CC et ressortit en conséquence aux juridictions civiles (arrêt H. du 10 mars 2004, B 37/03). Quant à la prétention en responsabilité dirigée contre l'employeur, elle ne relève pas non plus des juridictions désignées par l'art. 73 LPP (cf. ATF 120 V 26).

Les décisions de l'autorité de surveillance relatives à l'approbation d'un plan de répartition, en cas de liquidation totale ou partielle, sont sujettes à recours selon l'art. 74 LPP

(ATF 119 Ib 50 consid. 1c; consid. 1.2 non publié de l'arrêt ATF 128 II 394 du 10 septembre 2002, 2A.54/2002; cf. aussi RSAS 1995 p. 377 consid. 3). Par conséquent, les griefs à l'encontre d'un plan de répartition ne peuvent pas être invoqués par la voie de l'action, mais par la voie du recours administratif à la Commission de recours LPP, puis au Tribunal fédéral (cf. ATF 128 II 394). En revanche, le point de savoir si une personne remplit les critères adoptés dans le plan de répartition entré en force est une question qui relève de l'exécution même du plan de répartition et qui doit être examinée selon la voie de droit de l'art. 73 LPP (arrêt R. du 14 novembre 2003, B 41/03; arrêt K. du 3 mars 2005, B 107/04). Dès lors, même si le plan de répartition est entré en force, un assuré peut faire valoir à l'encontre de l'institution de prévoyance, par la voie de l'action selon l'art. 73 LPP, une prétention tirée du fait que l'institution lui aurait refusé le droit à tout ou partie des fonds libres au motif qu'il ne remplit pas les critères prévus par le plan de répartition.

494 En l'absence d'une situation de liquidation totale ou partielle, l'employeur n'a pas à répondre du découvert technique en cas de sous-couverture envers l'institution de prévoyance

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'ASCOOP contre M. SA en liquidation et N. SA en liquidation, B 82/04; arrêt en allemand)

(Art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004)

L'assemblée générale de M. SA a décidé le 11 octobre 2002 de dissoudre la société. N. SA a pris une décision identique le 11 avril 2003. Un grand nombre d'employées des deux entreprises de chemins de fer est entré au service des CFF.

Le 18 mars 2003, l'OFAS a informé la Caisse de pensions de l'ASCOOP qu'il renonçait à ordonner une liquidation partielle en relation avec M. SA. Dans sa lettre du 22 avril 2003, sous la remarque "Sorties de l'ASCOOP et dissolution du contrat d'affiliation M. et N.", l'ASCOOP a informé que, dès lors que l'OFAS ne demandait pas la liquidation partielle dans le cas de M. elle avait décidé, de son côté, de transférer les prestations de sortie non réduites aux collaborateurs des deux sociétés. En même temps toutefois, elle chiffrait le déficit actuariel qui en résultait à 1'774'640.50 francs et demandait aux entreprises de chemins de fer de lui transférer ce montant dans les 30 jours.

Au vu de la décision de l'OFAS entrée en force selon laquelle les conditions pour une liquidation partielle ne sont pas réalisées, se pose la question de savoir si les conventions d'affiliation conclues entre les parties ont été résiliées et le cas échéant, à quel moment. La cour cantonale a répondu par la négative et a conclu que les conventions d'affiliation n'ont pas été résiliées. Conformément à l'art. 105, al. 2, OJ, le TFA estime être lié par les faits constatés par la dernière instance.

L'instance cantonale a en outre décidé que ni la loi, ni le règlement ne permettent de conclure à une obligation pour les défenderesses de prendre en charge le déficit actuariel. Ce déficit est dû au fait que la prestation de libre passage des assurés sortant ne peut pas être réduite en raison d'une situation de découvert, contrairement à la situation d'une liquidation totale ou partielle (non réalisée ici), à l'occasion de laquelle une per-

sonne assurée peut avoir des prétentions aux fonds libres mais peut aussi voir sa prestation de sortie réduite du fait d'une situation de découvert, auquel cas l'avoir de retraite ne peut pas être diminué (art. 19 LFLP, art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, art. 53d LPP, en vigueur depuis le 1er janvier 2005.

A défaut d'effet rétroactif, le nouvel art. 65d, al. 3 let. a LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2005 n'est pas applicable au présent cas.

495 Incidence du changement d'institution de prévoyance par l'employeur sur l'incapacité de travail d'une salariée

(Référence à un arrêt du TFA du 19 juillet 2005 dans la cause S., fondation collective en liquidation contre P. fondation, B 9/05, arrêt en allemand)

(Art. 23 LPP)

S. était occupée depuis le 1er juin 1995 à titre d'aide infirmière à 60% dans un home médicalisé et était assurée pour la prévoyance professionnelle auprès de la fondation P. L'employeur s'affilia par la suite avec effets au 1er janvier 1999 à la fondation collective S.

Au mois d'août 1998 déjà, S. s'était plainte de douleurs dorsales et s'est annoncée à l'assurance-invalidité qui, par l'intermédiaire de l'office AI du canton de St-Gall, lui a octroyé une demi-rente d'invalidité dès le mois d'août 2000.

Aussi bien la fondation collective S. que la fondation P. ont refusé de lui verser une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et l'ont renvoyé à s'adresser à cet effet à l'autre institution de prévoyance.

L'unique question litigieuse en l'espèce porte sur la question de savoir laquelle des deux fondations de prévoyance est tenue à prestations. Il ressort des considérants que la cour cantonale n'a pas examiné si S. a changé de la première institution de prévoyance à la deuxième en tant qu'assurée active ou autrement (à titre d'assurée passive, resp. de bénéficiaire de rentes). A cette question, la recourante n'oppose finalement comme seul argument pertinent que la détermination du début de l'incapacité de travail invalidante selon l'article 23 LPP est facilement reconnaissable «… car le capital de couverture transféré à la fondation S. ne contenait que les avoirs de vieillesse et non la part afférente aux rentes futures. Si l'incapacité de travail déterminante à l'origine de l'invalidité est survenue alors que l'assurée était affiliée à la fondation P, le capital de couverture nécessaire au financement de ce cas devrait être calculé pour cette dernière et non être transféré à la fondation collective S. étant donné que c'est le règlement de la première institution de prévoyance qui détermine le droit à la prestation…».

Cette objection ne change rien au fait qu'à la date de la résiliation du contrat d'affiliation au 31 décembre 1998, la fondation P. a transféré un capital de couverture d'un montant de 1'560'782,85 francs, inclus, selon les indications de la partie défenderesse, «l'ensemble des capitaux de couverture pour les assurés actifs et pour les rentiers». On ne peut pas non plus prendre en considération que seule l'assurée S. est restée affiliée à la fondation P. au cas où l'on avait pris connaissance, lors du changement d'institution de prévoyance, d'une éventuelle incapacité de travail pouvant conduire par la suite à une invalidité. Il n'y a en effet aucun élément permettant de déduire que les parties concernées

par la résiliation du contrat d'affiliation et l'affiliation de l'employeur à la nouvelle institution de prévoyance ont spécialement prévu pour l'assuré S. une telle procédure alors que cependant tous les assurés passifs (rentiers) sont transférés à l'institution de prévoyance recourante.

Traiter différemment les travailleurs dont le cas d'assurance selon l'article 23 LPP –à savoir dont l'incapacité de travail déterminante qui conduit à l'invalidité est déjà survenue- que les autres assurés actifs et les rentiers n'est pas conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des destinataires, un élément clef de la prévoyance professionnelle.

496 Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 juin 2005 dans l'affaire Caisse de pensions de l'Etat de Vaud contre A. et B., B 19/05; arrêt en français)

(Art. 122, al. 1 et 124, al. 1 CC; art. 47, al. 1, LCP-VD)

Lorsqu'un assuré quitte son institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. En règle générale, le cas de prévoyance « vieillesse » se produit, pour les hommes, dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans et, pour les femmes, dès qu'elles ont atteint l'âge de 64 ans. Les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent toutefois prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. L'assuré n'a ainsi droit à la prestation de sortie que s'il quitte l'institution de prévoyance avant d'avoir atteint l'âge réglementaire pour prendre une retraite anticipée.

En cas de divorce, la situation est toutefois différente. Le fait que l'un des conjoints ait atteint l'âge à partir duquel il peut prendre une retraite anticipée, selon les dispositions de son institution de prévoyance, n'empêche pas le partage de la prestation de sortie en cas de divorce. Par la survenance d'un cas de prévoyance au sens des art. 122 et 124 CC, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle qui rend ainsi impossible le partage des avoirs de prévoyance.

Un conjoint ne saurait en effet être privé de la moitié des avoirs de prévoyance à laquelle il a droit en cas de divorce en vertu de l'art. 122 al. 1 CC. Selon la volonté du législateur, chaque époux a un droit inconditionnel à la moitié des expectatives de prévoyance constituées pendant le mariage. En cas de divorce, la survenance du cas de prévoyance « vieillesse» se produit au moment où l'assuré perçoit réellement des prestations de vieillesse de son institution de prévoyance professionnelle, et non pas dès l'instant où il pourrait prendre une retraite anticipée en vertu des dispositions réglementaires de son institution de prévoyance.

497 Une réglementation dérogeant à la LPP qui ne prévoit pas pour les rentes de vieillesse des rentes pour enfants recueillis et du premier lit ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 juin 2005 dans la cause E contre la caisse de pension de l'UBS, B 84/03 ; arrêt en allemand)

(Art. 8 al. 1 et 9 Cst. féd. ; art. 17, 20 et 49 LPP ; montant des rentes pour enfants pour les rentes de vieillesse dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue)

Dans les limites de la LPP, les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49, 1er al., LPP). Par ailleurs, en vertu du 2e alinéa de cette disposition, une institution de prévoyance peut librement déterminer dans son règlement –à la condition de respecter toutefois les principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de la proportionnalité ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire- dans quelle mesure les personnes appartenant au cercle de l'assuré peuvent bénéficier des prestations.

Il se pose dès lors la question de la conformité à la loi d'une disposition réglementaire qui ne prévoit des rentes pour enfants pour la prévoyance vieillesse obligatoire que pour les enfants dont le lien parental avec l'assuré ressort de l'article 252 CCS et qui exclut par conséquent les rentes de vieillesse pour les enfants recueillis et ceux du premier lit. Il est particulièrement intéressant d'examiner en premier lieu si cette disposition réglementaire ne contrevient pas aux principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

Il y a lieu de constater avec l'OFAS que l'article 43, 2e alinéa du règlement de la caisse de pension prévoit expressément des prestations de vieillesse seulement pour les enfants ayant un rapport de paternité. L'application par analogie de la formulation contenue à l'article 252 CCS «…force du mariage du père avec la mère…» permet de déduire à partir du texte clair et de l'application du principe de la confiance que seuls sont visés les enfants nés pendant le mariage, ce qui exclut justement les enfants recueillis et ceux du premier lit.

Cette disposition réglementaire ne transgresse pas l'égalité de traitement quant au droit aux prestations pour enfants à l'égard, d'une part, de ceux qui jouissent au sens du droit de la famille d'un lien de parenté avec le père et, d'autre part, les enfants recueillis et les enfants d'un premier lit.

Les prestations du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle servent –contrairement à la prévoyance plus étendue- uniquement à garantir le maintien de façon appropriée du niveau de vie antérieur. C'est pourquoi, il paraît justifié pour la prévoyance obligatoire où est instituée une obligation d'entretien dans le cadre légal ou contractuel, d'octroyer au bénéficiaire d'une rente de vieillesse, outre son propre droit à la rente, une rente complémentaire pour enfant. Ce principe vaut en particulier pour les rentes pour enfants qui ne couvrent que la part de revenus de la vie active en remplacement des allocations pour enfants versées par l'employeur (SJZ 2003, p. 432).

498 Prévoyance professionnelle obligatoire pour les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique

(Référence à l'arrêt du TFA du 21.07.05 en la cause M. contre fondation de prévoyance du personnel de S. SA, B 22/05 ; arrêt rendu en allemand)

(Art. 1, al. 1, let. b, OPP 2)

Du 1er mai 1988 à fin août 1995, M. a animé des séminaires informatiques internes et externes pour le compte de la société S. SA. Il a exercé cette fonction en tant qu' «instructeur informatique», d'abord sur la base d'un contrat de travail pour la période allant du 1er mai 1988 au 31 décembre 1990, puis sur la base de deux «contrats-cadres sur l'organisation et le développement de la formation» pour les périodes allant du 1er septembre 1991 au 30 août 1992 et du 1er avril 1993 au 1er avril 1994, et, enfin, sur la base de «contrats individuels» en 1994 et 1995 (deux séminaires du 6 au 24 juin et du 7 au 25 novembre 1994 et - en dernier lieu - du 14 au 30 août 1995).

La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le recourant était soumis à l'assurance obligatoire selon la LPP en qualité de travailleur salarié lorsque est survenue son incapacité de travail invalidante, en février 1995. Tel n'était pas le cas de l'avis des premiers juges, qui ont certes qualifié le recourant de travailleur salarié (au sens de la LPP) pour toute son activité chez S. SA, c.-à-d. également pour la période postérieure à l'expiration de son contrat de travail à la fin de 1990, mais qui ont estimé que la courte durée des engagements intervenus en 1994 et 1995 entraînait une exception à l'obligation d'assurance conformément à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (contrats de travail ne dépassant pas trois mois).

L'intimée et la société S. SA se rangent à l'avis de l'instance cantonale quant au résultat, car elles estiment toutes deux qu'à partir de 1991, le recourant avait le statut de travailleur indépendant et qu'à ce titre, il n'était pas assuré obligatoirement. Le recourant considère que depuis septembre 1991, il faisait, en qualité de salarié, du travail sur appel pour S. SA et qu'il devait être assuré selon la LPP.

Pour la qualification des rapports de travail selon la LPP, les critères juridiques de l'AVS sont déterminants, sans toutefois que le statut de cotisations AVS soit formellement contraignant. La jurisprudence a développé des critères de distinction entre activités indépendante (art. 9, al. 1, LAVS) et dépendante (art. 5, al. 2, LAVS); selon ces critères, les collaborateurs libres travaillant dans l'informatique sont en principe considérés comme exerçant une activité dépendante, à moins que l'ensemble des circonstances du cas particulier ne parle en faveur d'une activité indépendante.

Dans VSI 2001, pp. 55 ss, le TFA a précisé que même en l'absence d'un risque d'entrepreneur, on doit considérer une activité comme indépendante lorsqu'il existe une autonomie qualifiée dans l'organisation du travail. Autrement, le critère d'autonomie dans l'organisation du travail en tant que tel devrait être écarté, avec pour conséquence que les collaborateurs informaticiens, qui n'ont pratiquement pas d'investissements à faire dans le domaine des services, ne pourraient plus du tout être considérés comme des personnes exerçant une activité indépendante, ce qui n'est certainement pas le but ni le sens de la jurisprudence.

La question de savoir si le recourant devait être qualifié de travailleur dépendant ou indépendant est, en l'espèce, controversée et n'a pas à être tranchée. Est en effet seul déterminant ici le fait qu'au printemps 1995 (survenance de l'incapacité de travail invalidante), il n'existait pas de rapport de travail fixe et durable.

499 Encouragement à la propriété du logement et divorce: Prise en compte du versement anticipé dans le partage de la prestation de sortie

(Référence à l'arrêt du 22.07.05 en la cause OFAS contre P., B 18/04 ; arrêt rendu en français)

(Art. 22, al. 1 et 2 LFLP, 30c, al. 6, et 30d LPP)

Dans le cas d'espèce, les ex-époux ont tous deux obtenu un versement anticipé pour acquérir ensemble un appartement en co-propriété. Ils ont par la suite acheté une maison, qu'ils ont habité durant quelques années et qu'ils ont été contraints de vendre aux enchères sans pouvoir désintéresser tous leurs créanciers.

Saisi d'un litige concernant la prestation de libre passage à partager suite au divorce, le tribunal cantonal a estimé qu'il convenait de prendre en compte les versements anticipés obtenus par chacun des ex-époux.

Le recourant conteste ce point de vue. Selon lui, les versements en question auraient été transférés sur la maison et auraient servi de manière indirecte au financement du second immeuble, de sorte qu'ils devraient être considérés comme faisant «partie de la masse en faillite» liée à la vente aux enchères de cet immeuble. Comme la réalisation de celui-ci n'aurait pas permis de rembourser les versements anticipés, ceux-ci ne pourraient plus être partagés.

Le TFA a rejeté ce moyen, jugeant que le dossier de la cause ne permettait pas de conclure que les montants versés par les institutions de prévoyance avaient été réinvestis dans le second immeuble, vendu aux enchères. D'autre part, il a considéré que si l'on suivait le raisonnement du recourant, cela reviendrait à admettre que l'assuré peut soustraire le versement anticipé du circuit de la prévoyance à l'insu et, partant, sans l'accord de l'institution de prévoyance. Dans la constellation évoquée par le recourant - affilié contractant des dettes hypothécaires pour un premier logement, les amortissant en partie grâce au versement anticipé, puis augmentant le montant de l'hypothèque et utilisant l'argent pour l'acquisition d'un second immeuble -, l'affilié aurait la possibilité d'éluder l'annotation de la restriction du droit d'aliéner et les règles sur le remboursement du versement anticipé. Une telle opération permettrait d'utiliser le capital de prévoyance à des fins autres que l'accès à la propriété et ne serait donc pas compatible avec l'exigence que le versement anticipé reste lié à la prévoyance professionnelle et serve à son maintien. Le montant anticipé est d'ailleurs versé au vendeur ou au prêteur sans que l'assuré puisse en bénéficier librement (cf. art. 6, al. 2, OEPL). Si aucune disposition légale n'interdit à l'assuré qui a bénéficié d'un versement pour amortir un prêt hypothécaire de convenir avec sa banque d'augmenter ce prêt et d'utiliser les fonds ainsi libérés pour acquérir des biens mobiliers, cette opération n'a pas, du point de vue de la prévoyance

professionnelle, d'effet sur le versement anticipé effectué précédemment, qui reste lié à l'immeuble acquis (consid. 3).

Le TFA a également rappelé que si l'utilisation du logement «pour ses propres besoins» (art. 30c, al. 1, LPP et 4, al. 1, OEPL) était une condition du droit au versement anticipé, le fait que cette exigence ne soit plus remplie par la suite n'entraînait en revanche pas une obligation de remboursement du montant versé (cf. également à ce sujet le bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55, p. 12).

500 Pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2005, dans la cause opposant 10 assurés et la caisse de pensions H., anciennement caisse de pensions V., à la caisse de pensions A., 2A.451/2004 ; arrêt en allemand)

Suite à la vente par A. SA d'une partie de l'entreprise à l'actuelle H. Sàrl, 734 assurés actifs ont quitté la caisse de pensions A. pour être transférés dans la caisse de pensions V. nouvellement fondée et qui est l'actuelle caisse de pensions H. Les autorités cantonales de surveillance compétentes ont considéré qu'il s'agissait là d'une liquidation partielle et ont approuvé le plan de répartition qui leur était présenté. Les différents assurés ainsi que la caisse de pensions repreneuse ont recouru contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours LPP en concluant essentiellement à une part des réserves de fluctuation de la caisse de pensions A. La Commission fédérale de recours LPP a rejeté le recours. Les assurés déboutés et la caisse de pensions H. ont alors recouru auprès du Tribunal fédéral.

En l'espèce, la seule question litigieuse est de savoir si le principe de l'égalité de traitement exige ou non le transfert de 42 (éventuellement 41,2) millions de francs supplémentaires en faveur des assurés qui ont été repris par la caisse recourante H.

Les assurés qui sont touchés par la liquidation partielle de leur institution de prévoyance disposent, en plus de leur droit à la prestation de sortie, d'un droit (individuel ou collectif) à une part des fonds libres. La caisse de pensions intimée A. a calculé les fonds libres revenant aux assurés qui ont quitté A. et dont les droits sont litigieux en l'espèce. A. a ensuite transféré ces fonds en espèces avec la prestation de sortie restante à la caisse de pensions recourante H., comme cela avait été convenu.

Lorsqu'une institution de prévoyance est en liquidation partielle, elle peut se prévaloir de «l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance». A ce titre, l'institution de prévoyance constitue les réserves et les provisions dont elle a besoin après la fin de la liquidation partielle, sur le plan des risques actuariels et des risques liés aux placements, pour maintenir la prévoyance des assurés restants dans les mêmes conditions que précédemment; c'est pourquoi les réserves de fluctuation font partie des actifs. En plus de l'intérêt à la pérennité, il faut aussi tenir compte du principe fondamental de l'égalité de traitement en cas de liquidation partielle.

Le Tribunal fédéral considère comme mal fondé l'argument des recourants selon lequel ils seraient dans une situation particulière au motif que la caisse de pensions V. (actuel-

lement H.) est une institution nouvellement créée et qu'elle ne dispose pas de réserves ni de placements. En cas de transfert d'assurés venant d'une autre caisse de pensions, la situation d'une institution de prévoyance nouvellement créée ne diffère pas fondamentalement de celle d'une institution déjà existante; cette dernière dispose certes de réserves mais seulement pour l'effectif des assurés déjà présents. D'autre part, les réserves de fluctuation constituent un poste du bilan servant à la couverture du risque lié aux fluctuations de valeur des placements de l'institution de prévoyance et une correction comptable de ce poste du bilan est également admissible dans le cadre d'une liquidation partielle en raison de l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance. Par conséquent, il n'y a rien à objecter au fait que la caisse de pensions intimée ait révisé ses réserves de fluctuation et les ait réduites à 41,2 millions de francs environ.

Comme les réserves de fluctuation constituent un poste particulier à corriger dans les actifs et que, dans la présente affaire, ce correctif reste dans les limites de l'admissible, les recourants auraient dû les déduire lors de leur calcul comparatif des degrés de couverture. Ils auraient alors constaté qu'il n'y avait pas de différence entre les degrés de couverture des deux institutions de prévoyance. Cette comparaison (corrigée) des degrés de couverture constitue un indice que les assurés sortants et les assurés restants ont été traités de manière égalitaire dans le cas d'espèce.

Par contre, les deux caisses de pensions se trouvent dans une situation fondamentalement différente en ce qui concerne les réserves de fluctuation; en effet, la caisse de pensions intimée a des réserves de fluctuation pour 360 millions de francs, tandis que la caisse recourante n'en a pas du tout, puisqu'elle a obtenu en espèces la totalité des avoirs à transférer. Comme les réserves de fluctuation ont pour but de compenser les variations de valeur des placements, il est logique que ces réserves ne soient pas constituées avec des avoirs en espèces, car ceux-ci ne sont pas soumis à des fluctuations de valeur. Par conséquent, il n'y a pas de droit à une part des réserves de fluctuation lorsque des avoirs sont transférés en espèces dans le cadre d'une liquidation partielle.

Le fait que la nouvelle institution de prévoyance procède au placement des avoirs transférés et qu'elle doive ensuite constituer elle-même des réserves de fluctuation pour ses nouveaux actifs ne change rien à ce résultat. L'institution de prévoyance qui a reçu les avoirs transférés en espèces est totalement libre dans le choix de sa stratégie de placements et n'est donc pas liée par celle de l'institution qui a transmis lesdits avoirs. Ce principe reste valable avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 27h OPP 2, car celui-ci prévoit certes expressément un droit collectif de participation proportionnelle aux réserves de fluctuation mais seulement dans la mesure où les risques actuariels et les risques liés aux placements sont également transférés; or, tel n'est pas le cas lorsque le transfert des avoirs s'effectue intégralement en espèces.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
Tél. 031 324 06 11
Fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO 86

31 octobre 2005

EDITION SPÉCIALE

501 Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP et du 3e paquet d'ordonnances (paquet fiscal) lié à la 1re révision de la LPP (entrée en vigueur au 1er janvier 2006)

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

05.312

501 Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP et du 3e paquet d'ordonnances (paquet fiscal) lié à la 1re révision de la LPP (entrée en vigueur au 1er janvier 2006)

Questions sur les dispositions d'exécution relatives à l'art. 1, al. 2 et 3, LPP

Art. 1 OPP 2 Principe d'adéquation

1. *Selon l'art. 1, al. 2, let. a, OPP 2, il y a adéquation lorsque les prestations réglementaires n'excèdent pas 70 % du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite. Mais comment faire quand un salarié qui avait toujours été employé à 100 % a travaillé à temps partiel (50 % par exemple) les cinq dernières années avant la retraite ? Doit-on prendre comme valeur déterminante au moins le revenu moyen sur toute la période d'assurance?*

En principe, un plan de prestations doit être adéquat par rapport au modèle, mais dans des cas particuliers, comme dans celui cité ici, des écarts sont tolérés (cf. le commentaire de l'OFAS relatif à l'art. 1 OPP 2, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 83, ch.m. 484, p. 11). En d'autres termes, une prise en compte au cas par cas est possible.

Le salaire assuré et par conséquent l'avoir de vieillesse maximal sont réduits au moment du passage à la retraite partielle.

- Lorsque le règlement *ne prévoit pas* de retraite anticipée, l'excédent peut être versé sur un compte de libre passage ou, si le règlement le prévoit, l'excédent peut rester dans l'institution de prévoyance (ajournement de la retraite).
- Lorsque le règlement prévoit la retraite anticipée, la réduction du temps de travail pour cette période correspond à la retraite partielle. Le cas de prévoyance "vieillesse" est réalisé et la prestation de prévoyance est exigible dans cette même mesure.

2. *Est-il possible, en cas de risque d'invalidité, d'assurer le salaire d'une activité à temps plein alors que l'activité est exercée temporairement à temps partiel (à 80 % par exemple)? Si oui, combien de temps au maximum?*

En principe oui, si le règlement le prévoit conformément à l'art. 20, al. 2, LFLP. Le règlement doit préciser ce qu'il faut entendre par «temporairement». Une solution temporaire peut durer au maximum deux ans (cf. Conférence suisse des impôts, Prévoyance et impôts, éd. Cosmos 2003, cas A 2.4.1). En revanche, si le règlement ne prévoit pas une telle disposition, la réponse est non (cf. art. 20, al. 1, LFLP). Demeure réservé le cas de l'art. 8, al. 3, LPP : si le salaire diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité ou d'autres circonstances semblables, le salaire coordonné est maintenu pendant un certain temps.

3. *Le même salaire peut-il être assuré dans différents plans de prévoyance si le principe* d'adéquation *est respecté pour l'ensemble? Exemple: le salaire AVS est de 200 000 francs. La personne est assurée pour ce même salaire à la fois dans le plan de base et dans le plan des cadres (avec des bonifications de vieillesse différentes).*

Oui, c'est autorisé par l'art. 1, al. 2, LPP, dans la mesure où le principe d'adéquation est respecté pour l'ensemble.

4. *Que* signifie *pour une institution collective l'expression «plan de prévoyance» figurant à l'art. 1 OPP 2?*

Les institutions collectives proposent plusieurs modèles de plan. L'employeur qui s'affilie à une institution collective peut choisir entre ces divers plans, les combiner entre eux et en modifier à son gré certaines parties. En d'autres termes, chaque caisse de pension affiliée est organisée différemment (elle peut avoir un ou plusieurs plans et constituer des collectifs). La formulation claire de la disposition d'ordonnance oblige chaque collectif à respecter le principe d'adéquation, c'est-à-dire que dans le cas d'une fondation collective, le principe doit être respecté pour chaque caisse de pension et, si celle-ci a plusieurs plans, pour chaque plan. En vertu de l'art. 1a OPP 2, ce n'est pas seulement chaque plan qui doit être adéquat, mais aussi la combinaison de tous les plans d'un employeur.

5. *Comment doit-on comprendre l'expression « modèle de calcul », dont il est question à l'art. 1, al. 3, OPP 2?*

L'expression « selon le modèle de calcul » que l'on trouve notamment à l'art. 1, al. 3, OPP 2, doit être comprise par opposition à la notion de «calculs particuliers». Plus précisément, lorsque des dispositions prescrivent que les prestations doivent, selon le modèle de calcul, remplir certaines conditions, ces conditions ne doivent pas forcément être remplies **a posteriori** pour tous les cas particuliers d'assurance. En revanche, il convient d'élaborer **a priori** un plan de prévoyance tel que les prestations projetées qui en découlent, calculées théoriquement sur la base de cas d'assurance modélisés, remplissent lesdites conditions. Des divergences dans certains cas particuliers sont alors admises. La modélisation doit toutefois se fonder sur des paramètres déterminés sur la base de principes professionnellement reconnus.

6. *Dans le calcul de surassurance, les rentes pour enfants de retraité AVS et LPP doivent-elles être prises en considération?*

Etant donné que les rentes pour enfants de retraité AVS et LPP sont relativement rares, elles peuvent être laissées de côté dans la modélisation des prestations exposée en réponse à la question ci-dessus. Notons au passage que ces rentes ne sont pas non plus concernées à l'art. 24 OPP 2.

7. *Pour les plans de prévoyance tenant compte du taux moyen d'activité, doit-on ramener le dernier salaire AVS au niveau du taux d'activité moyen ou tenir compte de celui-ci à* 100 *%?*

Comme déjà mentionné, le respect de l'art. 1, al. 3, OPP 2 est vérifié par l'étude de cas d'assurance modélisés. Si les conditions sont ainsi remplies en cas de taux d'activité constant, et si la variation du taux d'activité est réglée dans le plan de prévoyance sur la base de principes professionnellement reconnus (p.ex. en tenant compte du taux d'activité moyen), alors la disposition susmentionnée peut être considérée comme respectée.

Art. 1a OPP 2 Adéquation lors de pluralité de rapports de prévoyance

8. *Au vu de l'art. 44 LPP, un indépendant peut-il se faire assurer auprès de plusieurs institutions de prévoyance?*

Oui. Jusqu'ici, en vertu de l'art. 44 LPP, un indépendant était en règle générale autorisé à se faire assurer auprès de plusieurs institutions de prévoyance (par exemple prévoyance de base avec son personnel et prévoyance des cadres auprès de l'institution de l'association professionnelle). Il est cependant exclu qu'un indépendant soit assuré seulement auprès de la prévoyance des cadres d'une institution collective (cf. art. 1c, al. 2, OPP 2).

Art. 1b OPP 2 Retraite anticipée

9. *Une personne assurée doit-elle, avant de procéder à des rachats dans le but de compenser la réduction des prestations de vieillesse en cas de versement anticipé, racheter d'abord la totalité des prestations réglementaires?*

La formulation de l'art. 1, al. 1, OPP 2 est claire: une personne assurée doit toujours racheter la totalité des prestations réglementaires avant de pouvoir procéder en sus à un rachat pour financer le versement anticipé de prestations de vieillesse. La question se pose de savoir s'il existe en pratique des cas dans lesquels une institution de prévoyance autorise le rachat de la totalité des prestations réglementaires uniquement lors de l'entrée, mais pas pendant la durée de l'affiliation, et permet en plus un rachat supplémentaire pour une retraite anticipée. Ledit rachat présuppose toujours, en effet, qu'une institution de prévoyance permet le rachat de la totalité des prestations réglementaires aussi longtemps que dure l'affiliation à l'assurance.

10. *Comment interpréter la disposition de l'art. 1b, al. 2, OPP 2, qui règle le cas où l'assuré renonce à une retraite anticipée? Exemple: un assuré dispose, sur la base de son salaire, d'un capital de vieillesse projeté à 65 ans de 600 000 francs. Le règlement autorise une retraite à partir de 60 ans (le capital de vieillesse projeté à 60 ans serait théoriquement de 520 000 francs). Quelle est dans ce cas la limite à respecter aux termes de l'art. 1b, al. 2, OPP 2?*

Le principe à retenir est le suivant : le concept d'« objectif réglementaire des prestations » au sens de l'art. 1b, al. 2, OPP 2 est à interpréter en lien avec le concept de

«prestations réglementaires» au sens de l'art. 1, al. 2, let. a, OPP 2. Le principe du modèle de calcul est valable également pour le calcul de l'objectif réglementaire des prestations, qui ne doit pas être dépassé de plus de 5 %. Cela signifie que le plan de prévoyance (en tant que modélisation a priori) est à concevoir de façon que cette limite de 5 % ne soit pas dépassée en cas de renoncement à la retraite anticipée. A posteriori, il peut y avoir dans des cas particuliers un écart par rapport à la modélisation.

Dans l'exemple cité, le plan doit être conçu de façon que personne ne puisse, à 65 ans, avoir un capital de vieillesse supérieur à 630 000 francs. Cet objectif doit être atteint a priori par l'élaboration d'un plan adéquat. La façon dont l'institution de prévoyance envisage de respecter la limite des 5 % mentionnée à l'art. 1b, al. 2, OPP 2 (par exemple par des réductions de prestations) relève de sa compétence propre, mais une base réglementaire est indispensable.

Dans le cas concret, si la personne assurée envisage de prendre sa retraite à 60 ans et que l'on part du principe que les prestations sont servies sous forme de capital, le potentiel de rachat de cette personne s'accroît de 80 000 francs (différence entre 600 000 francs à 65 ans et 520 000 francs à 60 ans). Avec ce versement, le capital de vieillesse atteindrait 600 000 francs à 60 ans déjà. Si la personne continue à travailler, le capital de vieillesse ne peut être augmenté, à partir de l'âge de 60 ans, que de 30 000 francs (5 % de 600 000 francs).

11. Comment est contrôlé le respect de la règle des 5 % au sens de l'art. 1b, al. 2, OPP 2:

a. quand une personne effectue le rachat supplémentaire à 57/58 ans, par exemple?

b. quand elle met fin aux rapports de travail à 59 ans et transfère son avoir de prévoyance sur une police de libre passage? – Quelqu'un qui a effectué des rachats en vue d'une retraite anticipée peut-il se faire verser une prestation de sortie peu avant sa retraite?

a. L'institution de prévoyance est responsable du respect de cette prescription; c'est l'expert en matière de prévoyance professionnelle qui procède au calcul.

b. La disposition de l'art. 1b OPP 2 ne s'applique pas pour le cas de libre passage. Si, dans son règlement, l'institution de prévoyance fait dépendre la retraite anticipée uniquement d'une déclaration de volonté de la personne assurée (c'est-à-dire si l'employeur ne peut pas exiger la retraite anticipée) et que celle-ci, au moment de quitter l'institution de prévoyance, ne fait pas cette déclaration, le cas de prévoyance vieillesse n'est pas survenu et l'assuré a droit à une prestation de sortie (cf. art. 2, al. 1, LFLP et l'arrêt non publié du TFA B 38/00 du 24 juin 2002, résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 64, ch.m. 390, ainsi que l'arrêt du TFA B 86/02 du 23 mai 2003). C'est donc le règlement de l'institution de prévoyance qui détermine si une prestation de sortie peut encore être versée peu avant l'âge de la retraite.

12. Certains règlements prévoient une rente-pont pouvant être préfinancée à titre individuel par les assurés. Il est possible en outre de préfinancer la réduction de la rente de vieillesse en vue de la retraite anticipée. Quel est dès lors l'objectif réglementaire des prestations? La rente-pont est-elle comprise ou non comprise ? En d'autres termes, dans l'art. 1b, al. 2, OPP 2 (selon lequel, en cas de renonciation à la retraite anticipée, l'objectif réglementaire des prestations peut être dépassé de 5 % au maximum), la rente-pont est-elle prise en compte?

Le concept «d'objectif réglementaire des prestations» au sens de l'art. 1b, al. 2, OPP 2 est à interpréter en lien avec le concept de «prestations réglementaires» au sens de l'art. 1, al. 2, let. a, OPP 2. Le principe du *modèle de calcul* est valable également pour le calcul de l'objectif réglementaire des prestations, qui ne doit pas être dépassé de plus de 5 %. Cela signifie que le plan de prévoyance (en tant que modélisation a priori) est à concevoir de façon que cette limite de 5 % ne soit pas dépassée en cas de renoncement à la retraite anticipée. A posteriori, il peut y avoir dans des cas particuliers un écart par rapport à la modélisation.

Une rente-pont préfinancée par capitalisation à titre individuel par l'assuré n'est pas prise en compte pour le calcul de l'objectif réglementaire des prestations au sens de l'art. 1b, al. 2, OPP 2 si les conditions ci-dessous sont remplies:

- la rente-pont est versée au maximum jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite AVS (c'est-à-dire qu'elle *n'est plus* versée dès que naît le droit à une rente ordinaire AVS);
- elle *n'est pas encore* versée si la personne assurée continue à travailler après avoir atteint la limite d'âge prévue par le règlement pour la retraite anticipée (c'est-à-dire si l'assuré renonce à cette dernière);
- elle n'est pas supérieure à la rente ordinaire AVS maximale;
- elle n'est pas versée sous forme de capital.

Dans les mêmes conditions, la rente-pont n'est pas prise en compte non plus pour le modèle de calcul de la limite des 70 % au sens de l'art. 1, al. 2, let. a, OPP 2 (en lien avec l'examen de l'adéquation d'un plan de prévoyance).

13. Comment doit-on comprendre la limite des 5 % figurant à l'art. 1b, al. 2, OPP 2 dans le cas d'une caisse en primauté des prestations?

Si la personne assurée renonce à la retraite anticipée, l'objectif réglementaire des prestations peut être dépassé de 5 % au maximum. Pour une caisse en primauté des cotisations, la prestation finale peut s'élever jusqu'à 105 % de la prestation réglementaire. Pour une caisse en primauté des prestations, cela signifie que pour un objectif de prestation de, par exemple, 60 %, l'objectif final ne peut pas dépasser 63 % (= 60 x 105 %) en cas de renoncement à la retraite anticipée financée. Les limites prévues par l'art. 1 OPP 2 doivent être respectées.

Art. 1h OPP 2 Principe d'assurance

14. Le principe d'assurance vaut-il pour toutes les institutions de prévoyance?

Non, le principe d'assurance n'est valable que pour les institutions de prévoyance qui prévoient des prestations réglementaires. Il ne s'applique ni aux fondations de placement, ni aux fondations de financement, ni aux fondations de bienfaisance qui fournissent dans les cas de rigueur des prestations relevant de la liberté d'appréciation.

15. L'affectation de 6 % du montant des cotisations dévolues au financement des risques au sens de l'art. 1h OPP 2 est-elle vraiment obligatoire pour chaque institution de prévoyance?

Oui, la formulation claire de cette disposition oblige à respecter le principe d'assurance pour chaque institution de prévoyance (pour la fondation propre d'une entreprise ou pour une fondation commune, comme par exemple une fondation d'association professionnelle), respectivement pour chaque caisse de pensions affiliée (pour une fondation collective). Par exemple, en cas de caisses séparées (une caisse pour l'assurance obligatoire et une caisse pour l'assurance surobligatoire), une application globale aux deux institutions de prévoyance n'est pas possible. L'art. 1h OPP 2 est valable aussi pour les caisses de cadres pratiquant la prévoyance hors obligatoire ou surobligatoire qui fournissent des prestations réglementaires (cf. la norme de délégation de l'art. 1, al. 3, LPP, qui vaut, d'après l'art. 49, al. 2, ch. 1, LPP, aussi pour les caisses enveloppantes et, d'après l'art. 89bis, al. 6, ch. 1, CC, aussi pour les caisses pratiquant exclusivement la prévoyance étendue).

16. Est-il possible, en vertu de l'art. 1h OPP 2, de n'assurer dans la caisse de cadres surobligatoire *qu'une rente d'invalidité, tandis qu'en cas de décès seul un versement en capital aurait lieu?*

Oui. Le principe d'assurance formulé à l'art. 1h OPP 2 est désormais défini par les cotisations dévolues au financement des risques (décès et invalidité) et non plus par la prestation d'assurance. Il revient à l'institution de prévoyance de définir la forme sous laquelle elle veut verser les prestations de risque dans le domaine de la prévoyance surobligatoire ou hors obligatoire.

Art. 60a, al. 2, OPP 2 Rachat

17. L'institution de prévoyance doit-elle demander à tous ses nouveaux affiliés de quel avoir du pilier 3a ils disposent, *ou bien peuvent-elles se contenter de leur demander s'ils ont à un moment ou un autre travaillé comme indépendants?*

Du point de vue de l'OFAS, l'institution de prévoyance doit demander à toutes les personnes assurées, à leur entrée, si elles ont déjà cotisé au «grand» pilier 3a au sens de l'art. 7, al. 1, let. b, OPP 3, ou à un pilier 3a durant la période au cours de laquelle elles ne devaient pas verser de cotisations d'épargne (par exemple entre la 18ème et la 24ème année). Il leur incombe de poser la question sous une forme compréhensible pour les assurés.

18. Les franchises mentionnées dans le tableau de l'OFAS relatif à l'art. 60a, al. 2, OPP 2 sont-elles aussi valables quand le preneur de prévoyance n'a commencé à constituer son avoir du pilier 3a qu'après l'âge de 24 ans?

Oui. La disposition de l'art. 60a, al. 2, OPP 2 fixe un plafond général. La façon dont l'avoir a été constitué année après année est sans importance.

19. Un versement anticipé EPL de l'avoir du pilier 3a doit-il être pris en compte pour le calcul du montant maximum de la somme de rachat?

Non, parce que l'art. 60a, al. 2, OPP 2 ne parle expressément que de «l'avoir du pilier 3a» et que, lors du versement d'un tel avoir pour l'achat d'un logement pour ses propres besoins, il n'existe ni obligation de remboursement, ni droit à un remboursement (cf. art. 3, al. 3, OPP 3).

Art. 60b OPP 2 Cas particuliers

20. La limite de 20 % pour les personnes arrivant de l'étranger vaut-elle aussi pour les personnes qui sont arrivées avant le 1er janvier 2006 et qui sont déjà affiliées à une caisse de pension en Suisse (par exemple depuis le 1er octobre 2005), mais qui n'ont pas encore atteint les cinq années?

Non, la nouvelle réglementation figurant à l'art. 60b OPP 2 n'est valable que pour les personnes qui arriveront de l'étranger après le 1er janvier 2006 et qui n'ont encore jamais été assurées auprès d'une institution de prévoyance en Suisse (cette prescription n'a donc pas d'effet rétroactif). Les deux conditions doivent être satisfaites pour que la prescription soit applicable.

L'institution de prévoyance doit demander à leur entrée à toutes les personnes assurées qui souhaitent procéder à un rachat si elles arrivent de l'étranger et si elles ont déjà été assurées auprès d'une institution de prévoyance suisse. Si la réponse à cette dernière question est oui, l'assuré doit en fournir la preuve (par exemple au moyen d'une attestation d'assurance ou d'attestations de salaire).

21. Pour le calcul du montant maximum de la somme de rachat annuelle au sens de l'art. 60b OPP 2, faut-il prendre en compte uniquement les rachats effectués par les salariés, ou bien aussi ceux pris en charge par l'employeur?

Dans la prescription figurant à l'art. 60b OPP 2, il s'agit d'une prise en compte globale de tous les avoirs de vieillesse étrangers – non contrôlables – de la personne assurée pour les rachats. Le fait que ceux-ci aient été financés par le salarié ou par l'employeur ne joue donc aucun rôle.

Questions relatives à l'art. 4, al. 3 et 4, LPP Assurance facultative

22. *Un indépendant peut-il s'affilier, avec son personnel, à une institution de prévoyance proposant deux plans de prévoyance (un plan de base et un plan d'épargne pur pour les cadres) et s'assurer lui-même seulement dans le plan des cadres?*

    - Si l'indépendant s'assure avec son personnel auprès d'une institution de prévoyance, les dispositions réglementaires s'appliquent à lui aussi. Il ne peut donc pas s'exclure du plan de base (dans le cas contraire, le collectif ne serait pas défini selon des critères objectifs), car il n'a pas le droit d'opter pour le plan de son choix. Les dispositions de l'art. 1d OPP 2 demeurent réservées.

    - Si l'indépendant s'assure auprès de l'institution de prévoyance de sa profession selon l'art. 44, al. 1, LPP (c'est-à-dire, une institution de prévoyance d'association professionnelle), il peut y avoir pour lui un plan différent que pour ses collaborateurs. Cette institution peut prévoir plusieurs plans, dont par exemple un plan d'épargne pure, tout en respectant le principe d'assurance (voir art. 1h, OPP 2).

23. *L'art. 4, al. 4, LPP prévoit désormais l'affectation durable de la prévoyance facultative des indépendants à la prévoyance professionnelle. Les débats parlementaires (BO CN 06.05.2003) précisent que l'art. 4, al. 4, LPP avait pour but de limiter les abus, mais en aucun cas de limiter les possibilités des indépendants d'investir dans leur logement ou le développement de leur entreprise personnelle. Toutefois l'art. 32a OPP2 révisé, qui devait réglementer précisément cette exception, a été abandonné.*

En l'état du droit au 1er janvier 2005 :

- *Peut-on considérer qu'un indépendant peut continuer de toucher librement son capital de prévoyance en espèces, en application de la jurisprudence passée (notamment ATF 117 V 160)?*

- *Si le versement en espèces n'est plus possible, peut-on néanmoins admettre que la restriction ne touche que la prévoyance constituée après le 1er janvier 2005?*

- *Si la restriction du versement en espèces ne touche que la prévoyance constituée après le 1er janvier 2005, un rachat partiel –- sans sortie de la prévoyance professionnelle – est-il possible?*

L'art. 4, al. 4, LPP ne permet plus à un indépendant de retirer son capital LPP en tout temps en arrêtant l'assurance LPP, sur la base de l'ATF 117 V 160. Par conséquent, si un indépendant sort d'une institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance, sa prestation de libre passage devra être transférée dans une institution de libre passage (ou dans une nouvelle institution de prévoyance), comme c'est le cas pour les assurés salariés qui sortent d'une institution de prévoyance (cf. art. 4 LFLP). Vu l'abandon du projet d'art. 32a OPP 2, l'indépendant ne peut pas effectuer en tout temps des investissements dans son entreprise au moyen de la LPP. Par ailleurs, le versement anticipé pour le logement reste admissible aux conditions fixées par l'art. 30c LPP.

La disposition de l'art. 4, al. 4, LPP s'applique à la totalité du capital de prévoyance existant au 1er janvier 2005.

Depuis le 1er janvier 2005 (entrée en vigueur de la nouvelle disposition de l'art. 4, al. 4, LPP), l'indépendant ne peut exiger le versement en espèces de la prestation de sortie qu'au moment où il se met à son compte ou, plus exactement, durant la première année de son activité. Cette règle s'applique même s'il fait le choix de ne pas s'affilier à un 2e pilier (la solution que l'indépendant choisit pour sa prévoyance n'a donc pas d'importance).

Questions relatives à l'art. 79c LPP Salaire et revenu assurables

24. La déduction de coordination au sens de l'art. 8, al. 1, LPP en corrélation avec l'art. 5 OPP 2 (actuellement 22 575 francs), doit-elle se faire sur le revenu maximum assurable selon le règlement de l'institution de prévoyance?

Cela dépend de la manière dont l'institution de prévoyance règle la déduction de coordination et ainsi le rapport entre le salaire assurable et le salaire assuré. Dans le domaine surobligatoire, il est admis de prévoir une déduction de coordination de zéro francs et ainsi d'avoir un salaire assuré qui correspond précisément au salaire assurable.

25. La prescription de l'art. 79c LPP vaut-elle aussi pour les institutions de libre passage?

Non, nous estimons que le nouvel art. 79c LPP, en raison de la formulation claire de cette disposition, s'applique aux institutions de prévoyance, mais pas aux institutions de libre passage. Si l'on s'en tient strictement au droit de la prévoyance, rien ne s'oppose donc à ce que, dans un cas concret, le compte de libre passage d'un assuré, au moment où celui-ci arrive à l'âge de la retraite, présente un capital final qui (converti selon le taux de conversion en vigueur) dépasse le décuple du montant limite LPP.

26. Qu'advient-il d'un «excédent» supérieur au décuple du montant limite supérieur LPP?

L'excédent peut rester sur le compte de l'institution de prévoyance. D'après l'OFAS, il est possible de laisser la totalité de son avoir de prévoyance dans l'institution de prévoyance (par exemple sous forme de rente ajournée jusqu'à la retraite) afin que la personne assurée ne subisse pas de pertes trop importantes.

Remarque: d'autres questions relatives aux possibilités de rachats (en particulier sur l'application de l'art. 79b, al. 3) sont encore ouvertes et font actuellement l'objet d'un examen approfondi. Elles seront traitées à l'occasion d'un prochain Bulletin de la prévoyance professionnelle.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 87

16 novembre 2005

Table des matières

Indications

502 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP

503 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1er janvier 2006

504 Fonds de garantie; taux de cotisation pour l'an 2006

Prises de positions

505 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire lorsque la durée cumulée des missions dépasse 3 mois

506 Acquisition par un concubin d'un logement en copropriété et constitution d'un droit d'usufruit réciproque

507 Compensation des créances en restitution de l'assurance-chômage avec des versements ultérieurs de l'assureur LPP en cas d'invalidité

Jurisprudence

508 Pas d'assujettissement à la LPP en cas de contrat de travail de durée déterminée inférieure à 3 mois

509 Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers

510 Pas de compensation avec les cotisations suite à un versement anticipé pour le logement d'un montant trop élevé

Annexe

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

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

502 Pas d'adaptation des montants-limites dans la LPP

Les rentes de vieillesse minimales de l'AVS ne subiront aucune augmentation pour l'an 2006. Sur cette base, il n'y aura pas lieu de modifier les montants-limites de la prévoyance professionnelle. En ce qui concerne ces montants, nous renvoyons au bulletin no. 78, ch. 461.

503 Rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire: adaptation à l'évolution des prix au 1er janvier 2006

Au 1er janvier 2006, les rentes de survivants et d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire en cours depuis trois ans seront pour la première fois adaptées à l'évolution des prix. Le taux d'adaptation est de 2,8 % pour les rentes de risque LPP qui ont donc pris naissance en 2002.

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime de la prévoyance professionnelle obligatoire doivent être périodiquement adaptées à l'évolution de l'indice des prix à la consommation, selon la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP). L'Office fédéral des assurances sociales est chargé de calculer et de publier le taux d'adaptation correspondant à l'augmentation de l'indice.

Ces rentes de survivants et d'invalidité en cours doivent être adaptées pour la première fois après trois ans, puis subséquemment en même temps que celles des rentes de l'AVS, soit, en règle générale, tous les deux ans.

Dès le 1er janvier 2006, les rentes obligatoires de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance en 2002 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation, calculé sur la base des indices des prix à la consommation de 104,7 en septembre 2005 (base mai 2000=100) et de 101,9 en septembre 2002, s'élève à 2,8 %.

Les adaptations dites subséquentes s'effectueront simultanément aux adaptations des rentes de l'AVS. Cela signifie que les rentes de survivants et d'invalidité de la LPP, qui ont pris naissance avant 2002, ne seront pas adaptées au 1er janvier 2006.

Aussi longtemps que le montant des rentes dépasse le minimum légal prescrit par la LPP, leur adaptation à l'évolution des prix n'est pas obligatoire. Comme les rentes de vieillesse de la LPP, elles sont adaptées à l'évolution des prix sur la base d'une décision de l'organe paritaire de l'institution de prévoyance, qui doit justifier celle-ci dans ses comptes annuels ou dans le rapport annuel

504 Fonds de garantie; taux de cotisation pour l'an 2006

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'an 2006 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont inchangés de respectivement 0,07% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,03% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations.

L'échéance de ces cotisations est à fin juin 2006. Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Prises de positions

505 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire lorsque la durée cumulée des missions dépasse 3 mois

L'OFAS a été consulté au sujet de la situation des travailleurs au service d'une entreprise de travail temporaire. Il faut en particulier tenir compte du nouvel art. 2 OPP 2 sur la location de services qui est entré en vigueur le 1er janvier 2005. D'après cet article, «les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre d'une location de service au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de service». Il résulte de cette disposition que le travailleur a comme unique employeur la société de travail temporaire, et non pas les différentes entreprises où il effectue des missions. De plus, il y a conclusion d'un contrat de travail entre l'entreprise bailleuse de services et le travailleur (cf. art. 19 LSE).

Conformément à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 en relation avec l'art. 2 OPP 2, le travailleur doit être affilié dès le début des rapports contractuels avec l'entreprise de travail temporaire lorsqu'il a été engagé avec un contrat de durée indéterminée. Lorsqu'une personne est engagée pour une durée déterminée de 3 mois et qu'il y a ensuite prolongation des rapports contractuels avec l'entreprise de travail temporaire au-delà de 3 mois, cette personne doit être assujettie dès le début du 4e mois (14e semaine). C'est seulement lorsque le travailleur est engagé pour une durée déterminée sans prolongation qu'il ne doit pas être assuré obligatoirement à la LPP (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56 du 29 décembre 2000, ch. 334).

Lorsque le travailleur effectue une série de missions et qu'aucune d'entre elles ne dépasse 3 mois, le travailleur devra être affilié à la LPP dès le début du 4e mois (14e semaine) lorsque la durée totale des missions avec la même entreprise de travail temporaire dépasse 3 mois, y compris lorsque les missions ne se suivent pas immédiatement.

506 Acquisition par un concubin d'un logement en copropriété et constitution d'un droit d'usufruit réciproque

(Art. 20a, 30c, 30d, 1er al., let.b, 30e, 1er al. LPP; art. 2, 2e al., let. b, OEPL)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle no 55, du 30 novembre 2000, sous chiffre 329, p.4, notre office a abordé le thème de l'acquisition d'un logement en copropriété par deux concubins, chacun étant nu-propriétaire de la première part de copropriété et usufruitier de la seconde part, et réciproquement. Nous avons relevé tout d'abord qu'en l'absence d'un usufruit, chaque concubin avait le droit de demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de propriété, l'autre partenaire détenant la seconde part de propriété.

En revanche, la constitution d'un usufruit prive l'assuré du droit d'obtenir un versement anticipé, car seule la pleine propriété du logement doit être prise en considération et non la nue-propriété. D'autre part, comme l'usufruit est un droit équivalant économiquement à une aliénation au sens de l'article 30d, 1er alinéa, lettre b, LPP, le concubin est tenu

au remboursement de ce versement. C'est uniquement lorsque la partenaire est désignée comme bénéficiaire par le règlement de prévoyance que le concubin pourrait demander un versement anticipé pour l'acquisition d'une part de copropriété grevée d'un usufruit en faveur de la partenaire. L'entrée en vigueur de l'article 20a LPP, au 1er janvier 2005, régissant le cercle des bénéficiaires qui s'applique tant aux institutions de prévoyance enregistrées que non enregistrées, va faciliter la réalisation de cette condition. En effet, cette nouvelle disposition prévoit l'octroi de prestations de survivants en faveur des concubins, à la condition toutefois que le règlement de l'institution de prévoyance précise la nécessité d'avoir formé une communauté de vie ininterrompue d'au moins 5 ans avant le décès de l'assuré.

507 Compensation des créances en restitution de l'assurance-chômage avec des versements ultérieurs de l'assureur LPP en cas d'invalidité

Dans le bulletin n° 70 ch. 410, il a été fait mention du nouvel art. 94 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI). Cette disposition permet à l'assurance-chômage de compenser sa créance en restitution avec les prestations d'invalidité versées ultérieurement par l'assureur LPP. Cette possibilité de compensation avec les prestations du 2e pilier a été introduite en date du 1er juillet 2003 dans le cadre de la révision de la LACI.

En pratique, il est arrivé que l'assureur LPP s'oppose à cette compensation ou qu'il exige l'accord préalable de l'assuré. Cette manière d'agir n'est pas conforme à la volonté du législateur et contraint inutilement la caisse de chômage à engager une procédure judiciaire. En effet, l'art. 94 LACI n'impose aucune condition supplémentaire pour la compensation. Selon le message du 28 février 2001 sur la révision de la LACI, «le problème est que plusieurs assurances sociales peuvent être compétentes pour la même période, d'où la nécessité d'assurer le bon déroulement des restitutions directement entre les assurances concernées sans mettre inutilement à contribution les assurés» (FF 2001 p. 2181).

Jurisprudence

508 Pas d'assujettissement à la LPP en cas de contrat de travail de durée déterminée inférieure à 3 mois

(Référence à l'arrêt du TFA du 30 septembre 2005, en la cause M. contre Caisse de pensions A. ; arrêt B 54/04 en français)

(art. 1, al. 1, let. b, OPP 2)

En l'espèce, est litigieuse la durée du contrat de travail entre M. et son employeur la société Y. Le contrat de travail a été conclu uniquement par oral. Le recourant M. considère qu'il avait été engagé pour une durée indéterminée et prétend que les rapports de travail allant du 29 janvier au 27 avril 2000 dépasseraient les 3 mois. Il estime par conséquent qu'il aurait dû être assuré obligatoirement par son employeur Y. et qu'il aurait droit à des prestations d'invalidité de la part de la caisse de pension A. dès le 27 avril 2001. L'AI a alloué à M. une rente entière d'invalidité dès le 1er avril 2001 en retenant une incapacité de travail de longue durée dès le 27 avril 2000. Le Tribunal des assurances du canton du Valais a retenu que M. avait été engagé pour une durée déterminée dès le 1er février 2000 pour effectuer un remplacement et que les rapports de travail inférieurs à 3 mois avaient pris fin le 27 avril 2000.

Il ressort du dossier que le recourant avait commencé à travailler pour la société Y. à partir du 29 janvier 2000 et avait été engagé jusqu'à la fin de la saison d'hiver 2000 comme cuisinier ainsi que pour les travaux de nettoyage après la fermeture saisonnière du café-restaurant situé sur un domaine skiable. Dès lors que la volonté des parties portait sur un engagement «jusqu'à la fin de la saison d'hiver», celles-ci ont conclu un contrat de durée déterminée. Même si le terme du contrat n'a pas été fixé pour une date précise, elles étaient en mesure d'en connaître la fin de façon suffisamment précise, puisqu'elles se sont référées à un laps de temps objectivement déterminable (la fin de la saison d'hiver plus le temps nécessaire pour les travaux de nettoyage).

La durée des rapports de travail ne dépasserait pas les 3 mois même si on considérait que les parties avaient convenu d'un engagement dès le 29 janvier 2000 (comme le prétend le recourant) au lieu du 1er février 2000 (comme l'a retenu le Tribunal cantonal). En effet, en partant du 29 janvier 2000, le délai de 3 mois serait arrivé à échéance au jour qui, dans le dernier mois, correspondait par son quantième au jour du départ du délai (cf. art. 77, al. 1, ch. 3, CO), soit le 29 avril 2000. Or, les rapports de travail avaient déjà pris fin à cette date-là. Par conséquent, le recourant n'était pas soumis à l'assurance obligatoire au sens de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2.

509 Problématique concernant la réglementation de la prévoyance professionnelle dans le cadre de jugements de divorce étrangers

(Référence à l'arrêt du TF du 11 mars 2004, 5P.330/2003; arrêt en allemand)

(Art. 122 à 124, 141 et 142 CC et art. 22, 22a et 25a LFLP, art. 73 al. 1 LPP, art. 25, 27 et 65 LDIP)

Des jugements des tribunaux de divorce étrangers peuvent être reconnus et exécutés en Suisse conformément aux règles à la LDIP également en ce qui concerne la réglementation de la prévoyance professionnelle. Toutefois, ils devront être compatibles avec l'ordre public qui demeure réservé. Des jugements étrangers incompatibles avec la réglementation relative au libre passage ou au divorce ne sont pas exécutoires. Tel n'est pas le cas si les parties conviennent d'une solution calquée sur les art. 122 ss. CC et sur le 2ème pilier.

Si l'institution de prévoyance n'a pas confirmé le caractère réalisable du partage, la cour étrangère ne peut fixer que le principe et l'étendue du partage. Le calcul de la prestation doit être effectué par le tribunal compétent en Suisse.

510 Pas de compensation avec les cotisations suite à un versement anticipé pour le logement d'un montant trop élevé

(Référence à l'arrêt du TFA du 20 septembre 2005, en la cause S. contre Fondation C.; arrêt B 42/05 en français)

(art. 120 CO)

En février 1998, S. a perçu un certain montant au titre de versement anticipé pour le logement. La Fondation C. a considéré que ce montant était trop élevé et a compensé la somme perçue en trop avec les cotisations encaissées du 1er mars 1998 au 31 décembre 2002.

Une institution de prévoyance n'est pas en droit de compenser une créance résultant d'un montant crédité à tort à l'assuré à titre de versement anticipé pour le logement avec les bonifications de vieillesse et les intérêts crédités sur le compte individuel de celui-ci postérieurement au versement anticipé. Dès lors que l'avoir de vieillesse de S. au 31 décembre 2002 n'était pas susceptible d'être versé sous forme de prestations, il ne pouvait pas faire l'objet d'une compensation (cf. art. 120 al. 1 CO; ATF 130 V 422 consid. 6.2). Si la Fondation C. estimait avoir versé à S. un montant trop élevé, elle devait intenter une action en restitution de l'indu (cf. art. 62 ss CO ; ATF 130 V 417 consid. 2, 128 V 50 et 236).

Annexe

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

BSV / OFAS / UFAS /

	2005		2006	
Age de la retraite LPP :	**65** ans (hommes, nés en 1940)	**63** ans[1] (femmes nées en 1942 qui n'ont pas pris la retraite en 2004)	**65** ans (hommes, nés en 1941)	**64** ans[2] (femmes, nées en 1942 qui n'ont pas pris la retraite ni en 2004, ni en 2005)
1. Rente de vieillesse annuelle de l'AVS				
minimale	12'900		12'900	
maximale	25'800		25'800	
2. Salaire annuel des actifs				
Seuil d'entrée; salaire minimal	19'350		19'350	
Déduction de coordination	22'575		22'575	
Salaire maximal formateur de rente LPP	77'400		77'400	
Salaire coordonné minimal	3'225		3'225	
Salaire coordonné maximal	54'825		54'825	
3. Avoir de vieillesse (AV)				
Taux d'intérêt minimal LPP	2,5%		2,5%	
AV min. à l'âge de retraite LPP	13'125	13'251	13'860	14'163
en % du salaire coordonné	407,0%	410,9%	429,8%	439,2%
AV max. à l'âge de retraite LPP	210'492	212'497	222'868	227'678
en % du salaire coordonné	383,9%	387,6%	406,5%	415,3%
4. Rentes annuelles de vieillesse (personne née en décembre) et expectatives de survivants du rentier resp. de la rentière				
Taux de conversion en rente à l'âge de la retraite LPP	7,15%	7,2%	7,10%	7,2%
Rente min. à l'âge de la retraite LPP	938	957	984	1'020
– en % du salaire coordonné	29,1%	29,7%	30,5%	31,6%
Rente min. expectative de veuve, de veuf	563	574	590	612
Rente min. expectative d'orphelin	188	191	197	204
Rente max. à l'âge de la retraite LPP	15'050	15'300	15'824	16'393
– en % du salaire coordonné	27,5%	27,9%	28,9%	29,9%
Rente max. expectative de veuve, de veuf	9'030	9'180	9'494	9'836
Rente max. expectative d'orphelin	3'010	3'060	3'165	3'279
5. Versement en espèces des prestations				
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	18'000	17'900	18'100	17'900
6. Adaptation au renchérissement des rentes de risque LPP avant la retraite				
pour la première fois après une durée de 3 ans	1,9%		2,8%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	1,4%		-	
après une durée supplémentaire de 1 an	0,9%		-	
7. Cotisations au Fonds de garantie				
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,07%		0,07%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,03%		0,03%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	116'100		116'100	
8. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage				
Salaire journalier minimal	74,30		74,30	
Déduction de coordination journalière	86,70		86,70	
Salaire journalier maximal	297,25		297,25	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	12,40		12,40	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	210,55		210,55	
9. Montants-limites non imposables du pilier 3a des actifs				
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	6'192		6'192	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	30'960		30'960	

1 En 2005, l'âge de la retraite des femmes est relevé à 64 ans mais aucune ne l'atteint à cet âge cette année car les précédentes générations sont déjà en retraite.

2 En 2006, seules quelques femmes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative après l'âge de 62 ans atteint en 2004 peuvent atteindre la retraite à l'âge de 64 ans (62 ans était l'âge de retraite légal dans la LPP jusqu'en 2004).

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

BSV / OFAS / UFAS /

Brève explication des chiffres repères :	**art.**
1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS 34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur au salaire minimal annuel (= déduction de coordination jusqu'en 2004) sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit leur 17ème anniversaire et pour la vieillesse dès le 1er janvier qui suit leur 24ème anniversaire. Dès le 1.1.2005, le seuil d'entrée correspond aux ¾ de la rente AVS maximale, la déduction de coordination aux 7/8, le salaire coordonné minimal au 1/8 et le salaire coordonné maximal aux 17/8 de la rente AVS maximale.	2 LPP 7 al. 1 et 2 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 2 LPP 46 LPP
3. En 2005, l'âge de retraite des femmes est relevé à 64 ans mais seules les personnes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative et sont alors âgées de 63 ans, peuvent atteindre la retraite. Du fait du relèvement de l'âge de la retraite, ce sont les femmes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative qui atteignent la retraite en 2006 à l'âge de 64 ans. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'affiliation à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3,25% en 2003, de 2,25% en 2004, de 2,5% en 2005 et 2006).	15 LPP 16 LPP 12 OPP2 13 al. 1 LPP 62a OPP2
4. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale resp. maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal resp. toujours maximal. La rente de veuve resp. de veuf s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque sont calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite. Pour les femmes, dès 2005, l'avoir de vieillesse est projeté jusqu'à l'âge de 64 ans, nouvel âge de retraite.	14 LPP 62c OPP2 et dispo. transitoires let. a 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP
5. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve et de veuf et à 2 % pour la rente d'orphelin. Dès 2005, l'assuré peut demander le quart de son avoir de vieillesse LPP sous forme de capital.	37 al. 3 LPP 37 al. 2 LPP
6. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 64 ans pour les femmes resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 al.1 LPP
7. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables.	14, 18 OFG 15 OFG 16 OFG 56 al. 1c, 2 LPP
8. Dès le 1.1.1997, les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al.3 LPP
9. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
Tél. 031 324 06 11
Fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO 88

28 novembre 2005

EDITION SPÉCIALE

511 Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP concernant le rachat
(entrée en vigueur au 1er janvier 2006)

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

BSV / OFAS / UFAS /
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

05.359

511 Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP concernant le rachat

Art. 79b, al. 3, 1ère phrase

1. L'interdiction porte-t-elle seulement sur le montant du rachat, ou bien sur tout l'avoir ?

Selon le texte de l'art. 79b, al. 3, 1ère phrase, LPP, les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans. L'interdiction vaut pour toutes les formes de versement en capital: versement en espèces, versement anticipé pour le logement et prestations de retraite sous forme de capital en lieu et place d'une rente. En revanche, elle ne concerne que les prestations de vieillesse et non pas les versements en capital suite à la survenance d'un cas d'invalidité ou de décès.

Seul le montant correspondant au rachat, y compris les intérêts (voir question numéro 4) ne peut être retiré sous forme de capital dans les 3 ans. Par conséquent, toute la prévoyance acquise avant le rachat n'est pas concernée par cette disposition.

A noter encore que le ¼ de l'avoir de vieillesse LPP peut toujours être perçu sous forme de capital, indépendamment de la date du rachat.

2. Lorsqu'il s'agit des prestations de vieillesse, quels sont les effets de l'interdiction sur les prestations résultant du rachat?

Il faut distinguer deux situations:

a) Un assuré effectue un rachat *plus* de 3 ans avant l'âge terme réglementaire, par exemple, à 60 ans, puis décide de partir à la retraite anticipée à 61 ans. L'âge terme réglementaire est à 65 ans et la retraite anticipée est possible dès 58 ans. Comme le montant correspondant aux prestations résultant du rachat ne peut être versé sous forme de capital avant l'échéance d'un délai de 3 ans, l'assuré ne pourra toucher qu'une partie de ses prestations à 61 ans et devra attendre l'âge de 63 ans pour toucher le solde (c'est-à-dire, les prestations résultant du rachat) sous forme de capital. La caisse pourra verser la totalité des prestations à 61 ans uniquement si les prestations résultant du rachat sont perçues sous forme de rentes.

b) Un assuré effectue un rachat *moins* de trois ans avant l'âge terme réglementaire, par exemple, à 64 ans. L'âge terme réglementaire est à 65 ans et l'assuré part à la retraite à ce moment-là. Comme le montant correspondant aux prestations résultant du rachat ne peut être versé sous forme de capital avant l'échéance d'un délai de 3 ans, l'assuré ne pourra pas toucher les prestations résultant du rachat sous forme de capital au moment de son départ à la retraite à 65 ans. Etant donné que l'institution de prévoyance ne peut pas non plus conserver ledit montant au-delà de l'âge terme réglementaire, elle devra alors le verser sous forme de rente. Etant donné qu'il existe des caisses de pensions versant uniquement des prestations sous forme de capital, on peut alors se poser la question de l'admissibilité des rachats dans de tels plans lorsqu'ils sont effectués moins de trois ans avant l'âge terme. Pour ne pas désavantager ces plans par rapport aux autres, l'OFAS est d'avis que l'institution de prévoyance devra soit racheter une rente viagère auprès d'une compagnie

d'assurances pour le montant correspondant aux prestations résultant du rachat si celles-ci sont dues durant cette période de 3 ans, soit interdire les rachats moins de 3 ans avant l'âge terme réglementaire.

3. En cas de rachat par acomptes, comment le délai de 3 ans est-il calculé?

En cas de rachat par acomptes, chaque versement fait courir un nouveau délai de 3 ans et ceci dès le 1er versement. Par exemple, un assuré convient d'un rachat par acompte en janvier 2006 de 60 acomptes de 500.- pour couvrir des prestations de 27'150.-. Il verse le premier acompte de 500.- en janvier 2006, le deuxième en février 2006 et ainsi de suite jusqu'en juin 2006 puis cesse son rachat par acompte jusqu'à la fin de l'année pour reprendre le versement des mensualités en janvier 2007. Comme chaque acompte versé fait courir un délai de 3 ans, les acomptes versés ne pourront être reversé sous forme de capital (y compris intérêts) de la manière suivante:

- acompte versé en janvier 2006 ⇨ bloqué jusqu'en janvier 2009
- acompte versé en février 2006 ⇨ bloqué jusqu'en février 2009
- … et ainsi de suite jusqu'à la cessation des versements
- acompte versé en janvier 2007 ⇨ bloqué jusqu'en janvier 2010
- … et ainsi de suite

4. Qu'en est-il des intérêts rémunérant le capital versé à titre de rachat?

Il faut en tenir compte. En effet, ils constituent une «prestation résultant d'un rachat» au sens de l'art. 79b, al. 3, LPP, étant donné qu'ils viennent s'ajouter chaque année à ce capital. Par conséquent, le délai de 3 ans s'applique au capital racheté ainsi qu'aux intérêts qui créditent ce capital.

Par exemple, une personne a un avoir LPP de 200'000 francs et effectue un rachat de 100'000 francs; deux ans plus tard, son avoir LPP s'élève à 210'000 francs avec les intérêts (2.5%) et le capital lié au rachat atteint 105'000 francs avec les intérêts (2.5%). Dans ce cas-là, la personne assurée ne pourra pas retirer le capital de 105'000 francs avant l'expiration du délai de 3 ans de l'art. 79b, al. 3, LPP.

Lorsque le rachat est effectué par mensualités, il faut traiter les intérêts comme si le rachat était effectué en une seule fois.

Art. 79b, al. 3, LPP et versement anticipé pour le logement

5. Les paiements mensuels par tranches qui ont débuté avant le 1er janvier 2006 peuvent-ils se poursuivre sans problème si un versement anticipé pour le logement a été effectué également avant le 1er janvier 2006 ?

En principe oui, lorsque les rachats par acomptes qui ont débuté sous l'ancien droit se poursuivent sans interruption sous le nouveau droit. Les acomptes versés à partir du 1er janvier 2006 ne sont alors pas concernés par l'art. 79b, al. 3, 2ème phrase et les versements anticipés pour le logement effectués avant le 1er janvier 2006 ne sont pas soumis à l'obligation de rembourser en cas de rachat (sauf disposition réglementaire contraire).

En revanche, en cas d'interruption des rachats par acomptes, le nouveau droit s'applique et la reprise des rachats par acomptes servira temporairement au remboursement du versement anticipé. Ce n'est qu'après remboursement complet du versement anticipé que les acomptes pourront à nouveau être affectés au rachat débuté avant 2006.

6. *Rachat avant 2006 (avec acomptes débutés avant 2006) et demande de versement anticipé après le 1er janvier 2006. Un versement anticipé est-il possible et les paiements mensuels peuvent-ils se poursuivre sans problème?*

Oui, un versement anticipé est possible après le 1er janvier 2006. L'assuré pourra toujours poursuivre ses versements par acomptes mais ceux-ci seront temporairement affectés au remboursement du versement anticipé. Ce n'est qu'après remboursement complet du versement anticipé que les acomptes pourront à nouveau être affectés au rachat débuté avant 2006.

7. *Rachat au 1er janvier 2006 (par acomptes) et demande de versement anticipé en juin 2006. Un versement anticipé est-il possible et, le cas échéant, met-il fin au rachat par acomptes?*

Un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement est considéré comme un versement en capital. Par conséquent, un versement anticipé des prestations résultant du rachat n'est pas autorisé pendant 3 ans. Par conséquent, seule la prévoyance accumulée avant le rachat peut faire l'objet d'un versement anticipé. L'assuré pourra toujours verser des acomptes mais ceux-ci seront temporairement affectés au remboursement du versement anticipé. Ce n'est qu'après remboursement complet du versement anticipé que les acomptes pourront à nouveau être affectés au rachat.

8. *Lorsqu'une personne dispose de plusieurs rapports de prévoyance, comment faut-il tenir comptes des rachats et des éventuels versements sous forme de capital?*

L'art. 79b, al. 3 LPP s'applique par institution de prévoyance et non pas de manière consolidée.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 89

22 décembre 2005

Table des matières

Indications

512 Couverture des risques de décès et d'invalidité dans le cadre de l'assurance maternité

513 Nouvelle numérotation des articles 60b et c OPP2

514 Nouveau droit des fondations

Prises de position

515 Tenue des comptes de vieillesse pour les assurées devenues invalides avant le 1er janvier 2005 compte tenu des modifications de la 1ère révision LPP (2ème paquet)

516 Art. 79c LPP : limite supérieure de revenus assurables et déduction de coordination

Jurisprudence

517 Bénéficiaires selon le règlement et le testament

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

512 Couverture des risques de décès et d'invalidité dans le cadre de l'assurance maternité

(art. 8, 3e al., LPP)

Dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle no 82, du 24 mai 2005, sous chiffre 479, concernant la poursuite du régime obligatoire LPP en cas de maternité, notre office a attiré l'attention sur le fait que l'assurance maternité ne régit pas le financement des cotisations LPP. Il appartient en particulier à l'institution de prévoyance, lorsque l'employeur cesse de verser le salaire, de déterminer dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations LPP à la charge de l'employeur et des salariés. Cependant, lors de la cessation des rapports de travail et lorsque la travailleuse est au chômage, celle-ci ne bénéficie d'aucune couverture d'assurance LPP, en particulier pour les risques de décès et d'invalidité. En effet, dans cette situation, les mères ne touchent plus d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, soumises à cotisations LPP pour les risques de décès et d'invalidité, conformément à l'article 2, 3e alinéa, LPP, mais, en lieu et place, des allocations de maternités exemptées de toutes cotisations LPP. C'est la raison pour laquelle, l'institution supplétive LPP a prévu dans son règlement une disposition particulière pour remédier à cet état de fait. En vertu de cette réglementation lorsqu'une personne n'est plus soumise à l'assurance-chômage parce qu'elle touche des allocations de maternité, cette dernière continue de bénéficier d'une couverture contre les risques de décès et d'invalidité pendant 98 jours. En cas de nouveau rapport de travail, c'est la nouvelle institution de prévoyance qui est compétente. Précisons encore que cette couverture d'assurance auprès de l'institution supplétive LPP est gratuite.
En revanche, si l'assurée veut poursuivre la couverture du risque vieillesse afin d'éviter des lacunes d'assurance, elle peut adhérer à l'assurance facultative selon l'article 47 LPP.

513 Nouvelle numérotation des articles 60b et c OPP2

Lors de la numérotation des articles de l'OPP2 qui ont été approuvés en date du 10 juin 2005 dans le cadre du 3^{e} paquet des modifications d'ordonnance suite à la 1ère révision LPP, il s'est produit une erreur de technique législative. La modification de l'ordonnance du 16 novembre 2005 nécessite une modification de la numérotation de la manière suivante: les articles 60b et 60c OPP2 deviennent les articles 60e, resp. 60f. Cette modification n'est que de nature formelle et n'a aucune incidence matérielle.

Le nouvel article 60b OPP2 régit les cas spéciaux pour le rachat et le nouvel article 60c OPP2 le salaire et le revenu assurables.

On trouve la modification de l'ordonnance dans le site:
www.admin.ch/ch/f/as/2005/5257.pdf

514 Nouveau droit des fondations

Le nouveau droit des fondations entrera en vigueur au 1er janvier 2006.

Du point de vue des fondations de prévoyance, se sont surtout les articles 83a CC, 101 à 103 et 103b et c de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) qui sont importants.

Les modifications suivantes sont particulièrement importantes: les exigences en matière d'indépendance de l'organe de révision (art. 83a al. 2 CC), complétées par les exigences de l'art. 34 OPP 2 déjà en vigueur, ainsi que l'inscription au registre du commerce de tous les membres du conseil de fondation (y compris les personnes qui ne sont pas autorisées à signer) et de l'organe de révision (art. 102 let. g et h ORC).

Les fondations existantes doivent annoncer dans les deux ans les membres du conseil de fondation et l'organe de révision pour inscription au registre du commerce (art. 121 ORC).

En relation avec le transfert de patrimoine selon la loi sur la fusion, la dernière phrase de l'article 109d, alinéa 1, ORC (...) «La décision de l'autorité de surveillance approuvant le transfert de patrimoine doit également être jointe à la réquisition d'inscription.» a été biffée car ni la loi sur la fusion, ni le droit de la prévoyance professionnelle ne prévoient que les transferts de patrimoine d'institutions de prévoyance doivent faire l'objet d'une décision de l'autorité de surveillance.

Les liens suivants permettent de consulter les textes de loi:

www.admin.ch/ch/f/as/2005/4545.pdf pour le Code civil;

www.admin.ch/ch/f/as/2005/4557.pdf pour l'ordonnance sur le registre du commerce.

Prises de position

515 Tenue des comptes de vieillesse pour les assurées devenues invalides avant le 1er janvier 2005 compte tenu des modifications de la 1ère révision LPP (2ème paquet)

Il convient de distinguer deux situations : les femmes au bénéfice de prestations d'invalidité qui ont atteint l'âge de la retraite (62 ans) avant le 1er janvier 2005 et les femmes au bénéfice de prestations d'invalidité qui n'ont pas atteint l'âge de la retraite avant le 1er janvier 2005.

Pour la première catégorie (femmes nées en 1942 et avant), l'âge de la retraite prévu dans la LPP était de 62 ans. La loi sur la continuation de l'assurance des travailleuses dans la LPP (adoptée en mars 2001 et en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) permettait uniquement aux femmes encore actives de cotiser à la LPP durant une année supplémentaire si elles continuaient à exercer leur activité lucrative après 62 ans. Cette loi urgente, prolongée d'une année en raison du manque de coordination qui existait entre l'AVS et la LPP concernant l'âge de retraite des femmes, ne touchait que les femmes qui poursuivaient une activité lucrative.

Pour la deuxième catégorie, soit les femmes au bénéfice de prestations d'invalidité qui sont nées en 1943 et après, les nouvelles dispositions relatives à l'âge de la retraite des femmes dans la LPP s'appliquent. Par conséquent, si dans la prévoyance surobligatoire

la rente d'invalidité n'est pas viagère, ces assurées continueront à toucher leurs prestations d'invalidité jusqu'à ce qu'elles atteignent l'âge de la retraite prévue dans l'AVS (art. 62a OPP 2).

Il pourrait en résulter une divergence en matière de réassurance pour les institutions de prévoyance réassurée pour les risques décès et invalidité. Dans ce cas, c'est à la caisse de pensions d'entreprendre les démarches auprès de son réassureur afin de rétablir la congruence entre le contrat de réassurance et ses engagements pour les risques décès et invalidité. Pour les caisses non réassurées, le capital de prévoyance actuariel devrait être adapté en conséquence.

516 Art. 79c LPP : limite supérieure de revenus assurables et déduction de coordination

Peut-on dépasser la limite supérieure de revenus assurables selon l'article 79c LPP lorsque l'on procède à la déduction de coordination?

Non, le revenu assurable maximum selon l'article 79c LPP (en vigueur depuis le 01.01.06), fixé à 10 fois le montant-limite supérieur LPP (actuellement 774'000 francs) ne peut en être dépassé d'aucune façon, et même dans le cas où l'on procède à une déduction de coordination, conformément à l'article 8, 1er alinéa, LPP (présentement de 22'575 francs). La déduction de coordination ne doit donc pas être prise en compte en plus de la limite supérieure des revenus assurables.

Ce principe vaut aussi pour la limite supérieure des prestations prise en considération par le fonds de garantie (égale à une fois et demie le montant supérieur prévu à l'art. 8, al. 1, LPP), donc de 116'200 francs (cf. art. 56, 2e al., LPP).

Jurisprudence

517 Bénéficiaires selon le règlement et le testament

(Référence à l'arrêt du TFA du 27 octobre 2005 en la cause N. contre Fondation du personnel de l'entreprise X. et S., B 92/04; arrêt en allemande)

(Ancien art. 15, al. 1, let. b, et al. 2, OLP ; art. 467 CC)

L'art. 12 du Règlement 1 de la Fondation en faveur du personnel du 1er janvier 1997 (ci-après: le règlement) prévoit notamment ce qui suit sous *III. Prestations. Droit en cas de décès prématuré*:

1. En cas de décès avant l'âge de la retraite, un capital-décès est dû. (...)

(...)

4. Les destinataires suivants ont droit au capital-décès selon le ch. 1 dans l'ordre suivant:
a) le conjoint, à défaut,
b) les descendants, à défaut,
c) les autres héritiers légaux à l'exception de la collectivité publique.
Les assurés ayant des charges d'entretien spéciales, en particulier ceux vivant dans une communauté analogue au mariage et contribuant dans une large mesure à

l'entretien de leur partenaire, peuvent adresser une demande écrite au Conseil de fondation pour déroger au système des bénéficiaires. Cette dérogation ne doit pas limiter les droits du conjoint. En l'absence de conjoint, les descendants mineurs ou incapables de travailler doivent être pris en compte de manière appropriée.

5. *Si l'assuré laisse une veuve ayant des droits découlant de l'art. 19 LPP, le capital-décès est converti en une rente de veuve. (...) La veuve peut exiger une allocation en capital en lieu et place de la rente de veuve. (...).*

6. *Si aucune prestation n'est versée selon le ch. 5, le mode de paiement du capital-décès est déterminé par le Conseil de fondation. Celui-ci distribue le montant disponible en parts qu'il fixe lui-même, en tenant compte de l'ordre de répartition selon le ch. 4, à une, plusieurs ou toutes les personnes entrant en considération. Les intérêts prioritaires sont alors ceux du conjoint ou, à défaut, des descendants mineurs ou incapables de travailler. Le Conseil de fondation doit trouver une réglementation qui tienne dûment compte de la situation; en cas de circonstances particulières, il peut déroger à l'ordre susmentionné des priorités pour respecter le but de la fondation.*

L'art. 12, ch. 6, du règlement ne saurait être compris dans le sens que, à certaines conditions, le Conseil de fondation ait le pouvoir d'élargir le cercle des bénéficiaires défini au ch. 4. Selon la teneur claire de cette disposition, il s'agit ici du mode de paiement du capital-décès. Il y a d'autant moins de place pour la conception contraire que l'application de l'art. 12, ch. 6, du règlement conduit en fait à une modification de l'ordre des priorités clairement posé préalablement au ch. 4. La réglementation légale de l'ancien art. 15, al. 1, let. b, et al. 2, OLP ne permet aucune autre interprétation. En particulier, l'al. 2 de cette disposition parle expressément de l'élargissement du cercle des bénéficiaires de l'al. 1, let. b, ch. 1 avec ceux du ch. 2. Ainsi, ce droit doit être donné aux assurés dans le contrat. Pour les règlements préétablis et édictés unilatéralement par l'institution de prévoyance, il s'agit de faire application d'un critère sévère dans le respect de cette exigence. L'art. 12, ch. 6, du règlement est pour le moins peu clair sur ce point, mais ce manque de clarté ne saurait avoir des effets en défaveur des bénéficiaires nommés au ch. 4.

En outre, il s'agit de ne pas poser des exigences formelles trop hautes pour une demande valable de modification de l'ordre des priorités au sens de l'art. 12, ch. 4, du règlement. Le Conseil de fondation jouit d'une certaine marge d'appréciation sur ce point. Il peut du reste agir de lui-même s'il prend connaissance d'une situation qui pourrait correspondre à celle réglée par le deuxième paragraphe de l'art. 12, ch. 4, du règlement. D'ailleurs, de teneur semblable, l'ancien art. 15, al. 1, let. b, ch. 2, OLP ne prévoit pas d'exigence pour demander la prise en considération de personnes physiques qui bénéficiaient d'un soutien important de la personne assurée. Il n'est ainsi pas forcément nécessaire que la demande ait été faite du vivant de celle-ci. Ce qui est décisif, c'est une volonté suffisamment claire de modifier l'ordre des bénéficiaires. Dans ce sens, le droit du ou de la bénéficiaire au capital-décès ne prend pas naissance au moment du décès, avec la conséquence qu'une demande écrite au sens de l'art. 12, ch. 4, du règlement rédigée du vivant de l'assuré, mais non encore déposée, serait en tous les cas insignifiante. En principe, une disposition de dernière volonté (testament) au sens de l'art. 467 CC déposée seulement après la mort de l'assuré peut ainsi également contenir une demande de modification de l'ordre des priorités qui soit valable et qui déploie des effets juridiques.

Il convient toujours de relever que le capital-décès ne revient pas à la succession (ATF 129 III 305). Pour qu'une demande de modification de l'ordre des priorités des bénéficiaires puisse être considérée comme valablement comprise dans un testament, il faut dès lors une déclaration de volonté correspondante de l'assuré. Cela d'autant plus qu'une disposition de dernière volonté n'est pas une déclaration de volonté sujette à réception (ATF 117 II 143 cons. 2a). Il s'agit d'appliquer par analogie les règles d'interprétation des testaments (voir ATF 124 III 412 cons. 3).

La déclaration rédigée le 30 septembre 2000 de la main de W. a la teneur suivante:

Je (...) certifie par ces lignes que N. (...) partage de nouveau ma vie depuis 1989 et qu'elle est ma compagne de vie. Elle m'a aussi soigné depuis ma maladie, a assisté avec moi à tous les rendez-vous dans les hôpitaux, m'accompagne et prend soin de moi. Cela davantage que l'on pourrait l'exiger d'une épouse officielle. C'est pourquoi, je souhaite et veux qu'elle puisse également bénéficier de tous les droits d'une épouse.

Il n'est pas sûr que la déclaration du 30 septembre puisse être assimilée à un testament au sens du droit des successions. Cette question ne doit toutefois pas être résolue. En effet, quoi qu'il en soit, la déclaration ne permet pas de lire une volonté suffisamment claire de modifier l'ordre de priorité des bénéficiaires prévu à l'art. 12, ch. 4, du règlement de la fondation en faveur du personnel. Il y manque une référence à cette disposition ou au moins aux droits relevant de la prévoyance professionnelle et engendrés par la mort de l'assuré, ce qui suffirait.

En l'espèce, il faut admettre qu'il n'y a pas de demande de modification de l'ordre des priorités de l'art. 12, ch. 4, du règlement et qu'en conséquence, seule l'intimée 2 doit être considérée comme bénéficiaire du droit au capital-décès. La question peut ainsi demeurer ouverte de savoir si une telle requête est un acte constitutif de droit soumis à réception (voir ATF 113 II 261 cons. 2a, 107 II 191 cons. 2 avec renvois à la doctrine; voir également ATF 126 V 480) ou une demande de modification du contrat de prévoyance sujette à approbation.

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 90

15 février 2006

Table des matières

Prises de position

518 Prestations minimales en faveur de la génération d'entrée et utilisation des fonds pour mesures spéciales

519 Assurance facultative des indépendants dans la prévoyance plus étendue et hors obligatoire

520 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

521 Informations en cas de libre passage

Jurisprudence

522 Réduction à opérer lors du calcul de la prestation de sortie parce que la prestation d'entrée était incomplète

523 Modification d'un règlement applicable à une institution de prévoyance de droit public ; rétroactivité des arrêtés ; qualité pour recourir

524 Pas d'effet contraignant de la décision de l'office AI lorsque celle-ci n'est pas communiquée à l'institution de prévoyance : aussi valable avec la LPGA

Annexe

Tabelle pour le calcul du montant maximal du 3e pilier a (selon les art. 60a, al. 2, OPP 2 et 7, al. 1, let. a, OPP 3) en fonction de l'année de naissance

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

Prises de position

518 Prestations minimales en faveur de la génération d'entrée et utilisation des fonds pour mesures spéciales

Depuis le 1er janvier 2005, les institutions de prévoyance ne sont plus tenues d'allouer des bonifications complémentaires uniques ou des bonifications supplémentaires annuelles à certains assurés de la génération d'entrée. Le 2e paquet de la 1re révision LPP a supprimé les dispositions d'ordonnance qui leur demandaient de le faire (anciens art. 21 à 23 OPP 2). Par ailleurs, il n'est plus nécessaire d'affecter des fonds aux mesures spéciales ou de continuer à réserver à cet usage des fonds constitués dans ce but par le passé.

Il est vrai que, dans la 1re révision LPP, seul l'al. 2 – portant sur le financement – de l'art. 33 LPP «Prestations minimales pendant la période transitoire» a été supprimé (l'ancien art. 70 LPP «Mesures spéciales» consacré lui aussi au financement a également été supprimé). Les travaux de la 1re révision LPP et l'élaboration des dispositions d'ordonnance ayant nécessité beaucoup de temps, le délai transitoire prévu initialement dans la Constitution était déjà écoulé quand les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur. C'est pourquoi le Conseil fédéral a renoncé à imposer un montant minimal particulier pour les prestations aux personnes de la génération d'entrée[1]. Des dispositions transitoires obligeant les institutions de prévoyance à affecter à un but précis les fonds des mesures spéciales déjà constitués n'ont pas non plus été prévues.

Des questions ont souvent été posées à l'OFAS sur l'utilisation des fonds déjà constitués et en particulier sur la nature de ceux-ci : faut-il désormais les considérer comme des fonds libres ? L'office estime que ces fonds ne sont plus affectés à un but particulier. Les institutions de prévoyance qui disposent encore de tels fonds n'ont pas eu besoin de les utiliser pour que les prestations minimales aient le niveau requis. Mais a priori ces fonds ne sont pas pour autant des fonds libres. En effet, si une institution de prévoyance est en découvert, ils doivent être utilisés pour résorber ce découvert[2]. S'il n'y a pas de découvert, ils doivent être utilisés pour constituer des réserves, lorsque celles-ci ne sont pas suffisantes. Ce n'est que lorsqu'il s'agit effectivement de fonds libres qu'ils peuvent être utilisés d'une autre manière et notamment être distribués. Dans ce cas, l'affectation prévue à l'origine (bas revenus ainsi que salariés et salariées plus âgés) peut être prise en compte à la rigueur dans le mode de répartition. Mais il ne s'agit pas là d'une obligation. L'organe paritaire doit se prononcer sur l'utilisation de ces fonds en tenant compte de la situation financière actuelle de l'institution de prévoyance.

1 Cf. le rapport de synthèse de la procédure de consultation du 2ème paquet, dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 75, du 6 juillet 2004, p. 47 s.

2 Avant le 1er janvier 2005 déjà, les directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle demandaient, au ch. 32, qu'en cas de découvert ces fonds soient utilisés pour résorber ce découvert pour autant que les obligations légales soient garanties, cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 68, du 10 juin 2003, p. 15.

519 Assurance facultative des indépendants dans la prévoyance plus étendue et hors obligatoire

(art. 4, 3e al. et 44 LPP)

L'article 44 LPP régit l'assurance facultative des indépendants dans le cadre du régime obligatoire. C'est pourquoi, les dispositions minimales LPP, en particulier les limites de revenus, sont également applicables par analogie à l'assurance facultative, conformément à l'article 4, 2e alinéa, LPP. Cette assurance ne peut être contractée, en vertu de la loi, qu'auprès de l'institution de prévoyance qui assure les salariés des indépendants ou dont ils relèvent à raison de leur profession (art. 44, 1er al., LPP).

Lorsque l'indépendant n'a pas accès à une institution de prévoyance, il peut s'affilier auprès de l'institution supplétive (art. 44, 2e al., LPP). En outre, en vertu de l'article 49, 2e alinéa, LPP, lorsque les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance le prévoient, l'indépendant, comme pour les salariés, a toujours la possibilité d'étendre la prévoyance au-delà des exigences minimales LPP.

L'article 4, 3e alinéa, LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005, suite à la 1ère révision LPP, a élargi le choix pour les indépendants d'adhérer à l'assurance facultative en leur permettant de s'affilier directement, c'est-à-dire sans être soumis à l'assurance obligatoire, auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de la prévoyance plus étendue, voire auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle.

L'entrée à la prévoyance plus étendue étant désormais facilitée, il se pose tout de même la question de savoir si l'indépendant peut contracter cette assurance individuellement, à savoir indépendamment de son personnel ou de l'institution de prévoyance de sa catégorie professionnelle, conformément à l'article 44 LPP.

Si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la 1ère révision LPP, l'article 4, 3e alinéa, LPP contenait à l'origine, en particulier afin d'éviter d'éventuels abus d'ordre fiscal, une référence aux principes généraux applicables à la prévoyance professionnelle[3]. Par la suite, les notions d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et le principe d'assurance ont été expressément cités à l'article 1, 3e alinéa, LPP, tout en laissant le soin au Conseil fédéral de les définir. Ce mandat a été concrétisé par l'entrée en vigueur, au 1er janvier 2006, du 3e paquet de la 1ère révision LPP[4]. C'est la raison pour laquelle, il n'était plus utile que ces principes figurent également à l'article 4 LPP. C'est donc à la lumière de ces nouvelles dispositions de l'OPP2 qu'il y a lieu de résoudre notre cas (cf. notamment les art. 1c à 1h OPP2).

Le principe de la collectivité est ainsi clairement décrit au nouvel article 1c OPP2. Par définition, un collectif d'assurés doit comporter plus d'un assuré. Pour les indépendants, il est nécessaire cependant de tenir compte du fait qu'ils peuvent s'assurer à titre individuel ou avec leur personnel, conformément à l'article 44 LPP. L'indépendant a toujours la possibilité d'accéder directement à la prévoyance plus étendue ou hors-obligatoire
auprès de l'institution de prévoyance relevant de son association professionnelle, avec

3 Cf. proposition Engelberger qui mentionnait expressément que l'institution de prévoyance devait disposer d'un plan de prévoyance et respecter le principe de la collectivité.
4 RO 2005, p. 4279

ou sans son personnel, à condition toutefois que le règlement respecte les principes de la prévoyance professionnelle, en l'occurrence celui de la collectivité. En revanche, le principe de la collectivité n'est plus respecté si l'indépendant s'assure à titre individuel, à savoir sans son personnel, dans une institution de prévoyance qui ne relève pas de son association professionnelle. En effet, en pareil cas, ce dernier ne forme pas une communauté «virtuelle» au sens de l'article 1c, 2e alinéa, OPP2, car il n'a finalement pas de salariés auxquels le plan d'assurance s'applique, ce qui conduit à une pure individualisation de la prévoyance, contraire à la LPP. C'est pourquoi, cette disposition exclut expressément de la collectivité «virtuelle», l'assurance facultative des indépendants au sens de l'article 44 LPP (pour plus de détails, voir le commentaire - modification de l'OPP 2- dans notre bulletin de la prévoyance professionnelle no 83, p. 14).

Au vu de ce qui précède, on peut donc établir une connexité étroite entre ces deux régimes de l'assurance facultative. Ce n'est que lorsque les particularités de l'assurance facultative découlant de l'article 44 LPP sont remplies pour l'indépendant que l'entrée à l'assurance facultative plus étendue ou hors-obligatoire selon l'article 4, 3e alinéa, LPP est possible.

520 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

(art. 2, al. 3, LFLP)

L'OFAS a appris que, bien qu'elles connaissaient l'existence de jugements de divorce de première instance ayant force obligatoire, certaines institutions de prévoyance ne respectaient pas le principe de la rémunération continue, à partir d'une certaine date, de la prestation de sortie à transférer à une autre institution de prévoyance.

L'OFAS a donc arrêté à ce propos sa position, qui est la suivante :

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA) relative à l'art. 2, al. 3, LFLP (ATF 129 V 251 consid. 3.2 p. 255 et arrêt du 8 avril 2003, B 94/02), le principe de la rémunération immédiate et continue de la prestation de sortie dès que survient le cas de libre passage s'applique aussi en cas de divorce, lorsque le partage de la prestation de sortie est différé pour des raisons de procédure. En d'autres termes, la prestation de sortie doit être rémunérée de manière continue également lorsque la prestation de sortie est divisée à une date antérieure à celle du jugement de divorce. Par conséquent, selon le TFA, la prestation de sortie revenant en cas de divorce au conjoint qui a droit à une compensation doit être rémunérée à partir du jour déterminant du partage jusqu'à la date du transfert ou du début de l'obligation de payer un intérêt moratoire. Selon la version de l'art. 2, al. 3, LFLP en vigueur depuis le 1er janvier 2005, le taux d'intérêt minimal LPP doit être appliqué au moins (ce taux est fixé actuellement à 2,5 %). Si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit un intérêt plus élevé pour rémunérer l'avoir de vieillesse, c'est ce taux qui s'applique.

Si une institution de prévoyance néglige systématiquement la jurisprudence mentionnée concernant l'art. 2, al. 3, LFLP dans les cas de divorce, il y a selon la pratique de la surveillance de la prévoyance professionnelle de l'OFAS une carence en matière d'organisation nécessitant chaque fois une intervention. L'autorité de surveillance peut

imposer une règle de conduite à l'institution en faute, la sommer ou sommer son organe paritaire, lui adresser un avertissement ou même, lorsque certaines conditions sont remplies, lui infliger une amende d'ordre (cf. art. 79, al. 1, LPP).

Si l'institution de prévoyance en question – qui viole constamment le principe de la rémunération continue alors qu'elle a connaissance des extraits de jugements de divorce qui lui ont été remis – est une institution collective d'un assureur active dans toute la Suisse ou une institution commune d'une association professionnelle, son cas peut être annoncé à l'OFAS (adresse: Office fédéral des assurances sociales, Surveillance prévoyance professionnelle, Effingerstrasse 20, 3003 Berne). Pour les autres institutions, ce sont les autorités de surveillance LPP des cantons qui sont compétentes, le critère étant le lieu du siège de l'institution.

521 Informations en cas de libre passage

Les institutions de libre passage ont une nouvelle fois rendu l'OFAS attentif que les institutions de prévoyance transfèrent les prestations de sortie sans livrer les informations nécessaires. Par ex., les données sur les avoirs de vieillesse acquis à l'âge de 50 ans ou lors de la conclusion du mariage ne sont, le plus souvent, pas communiquées, quand bien même la personne concernée a été assurée auprès de l'institution de prévoyance à ce moment-là. Pour les nouvelles institutions de prévoyance ou de libre passage, il est difficile par la suite, sans compter la perte de temps, de glaner ces informations auprès de l'ancienne institution de prévoyance. En outre, ces recherches entraînent également des frais administratifs importants.

L'OFAS tient à rappeler qu'une transmission sans faille d'une série d'informations est l'une des conditions indispensables à la bonne marche de la prévoyance professionnelle. C'est pourquoi, tant la loi que l'ordonnance prescrivent expressément le devoir de communiquer certaines informations à la prochaine institution de prévoyance ou institution de libre passage.

Jurisprudence

522 Réduction à opérer lors du calcul de la prestation de sortie parce que la prestation d'entrée était incomplète

(Référence à l'arrêt du TFA du 21 décembre 2005 en la cause Fondation de prévoyance X. contre S., B 11/05; arrêt en allemand)

(Art. 16 LFLP)

La disposition suivante figure à l'art. 22, ch. 2, du règlement de la Fondation de prévoyance X. :

«La prestation de sortie correspond à la valeur actuelle de la rente acquise jusqu'à la date de sortie ; la valeur actuelle de la part non rachetée en est soustraite, mais la prestation correspond au moins à l'avoir de vieillesse LPP. Le tableau de l'annexe sert de référence pour le calcul des valeurs actuelles. Sont déterminantes les années d'assurance effectuées, mises en relation avec le nombre total d'années d'assurance possibles.»

La Fondation de prévoyance X. estime que le montant total de la réduction doit être déduit de la rente ordinaire multipliée par le taux de rente. Elle se base sur un arrêt rendu par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) dans un cas similaire (arrêt B. du 15 avril 2004, B 99/02, en langue allemande), dans lequel la Cour considérait que les deux solutions étaient compatibles avec l'art. 16 LFLP et que la réglementation statutaire déterminante ne précisait pas clairement quel mode de calcul devait être préféré. Des réflexions d'ordre mathématique et actuariel ont finalement incité le Tribunal à dire que la part restante (à déduire) devait être calculée sur la base de la somme de rachat totale. L'intimée S. et l'instance inférieure étaient par contre parties du principe que la réduction ordinaire devait être multipliée par le taux de rente (incontesté). Elles avançaient notamment que, contrairement au cas jugé par le TFA, le règlement applicable fournissait à l'art. 22, ch. 2, 3e phrase, une réponse claire à la question, permettant de dire que le calcul de la réduction devait lui aussi être fondé sur le rapport entre les années d'assurance effectuées et les années possibles.

De par sa position dans la disposition normative, la 3e phrase de l'art. 22, ch. 2, paraît s'appliquer aux deux composantes de la première phrase, et donc tant à la valeur actuelle de la rente qu'à la valeur actuelle de la part qui n'a pas été rachetée, qui doit en être déduite. Le fait que les parties se fondent toutes deux – conformément à l'art. 16, al. 2, LFLP – sur des années d'assurance imputées et non pas, selon le libellé de la 3e phrase, sur des années effectuées, est un indice tendant à indiquer que l'art. 22, ch. 2, 3e phrase, ne doit pas être forcément interprété au sens littéral. L'art. 22, ch. 2, du règlement doit être mis en relation avec l'art. 10, ch. 4, qui prévoit comment procéder avec la part non fournie de la somme de rachat. De toute évidence, selon cette norme, lors de la réduction, c'est le montant total de la somme de rachat non fournie qui est déterminante, et pas seulement le montant proportionnel à la durée. En effet, ce montant manquant, qui correspond à une période de cotisation qui fait défaut, ne peut pas être formateur de rente, raison pour laquelle, logiquement, la rente doit être réduite en fonction des cotisations manquantes. Lors de l'entrée dans la caisse de pension, la période de cotisation manquante est clairement établie et elle ne change pas en fonction de la période d'assurance consécutive. Par conséquent, pour des raisons actuarielles, la valeur actuelle de ce montant total doit aussi être déduite lors du calcul de la prestation de sortie, et pas seulement une partie de ce montant calculé sur la base du rapport (fortuit) existant entre les années d'assurance imputables et les années possibles. Si la solution défendue par l'intimée s'imposait, une personne assurée n'ayant pas racheté toutes les années et sortie avant terme recevrait une prestation qui n'a pas été financée. Cela est fondamentalement contraire au système, même dans une institution de prévoyance en primauté des prestations, car les prestations non financées doivent être prises en charge par l'ensemble des assurés restants.

En résumé, la préférence doit être accordée au mode de calcul de la Fondation de prévoyance X., prévoyant que le montant total de la réduction doit être déduite de la rente ordinaire multipliée par le taux de rente.

523 Modification d'un règlement applicable à une institution de prévoyance de droit public ; rétroactivité des arrêtés ; qualité pour recourir

(Référence à l'arrêt du TF du 23 novembre 2005 en la cause Commune politique et Caisse de prévoyance du personnel de la ville de Berne ; 2A.228/2005 ; arrêt en allemand)

(Art. 61, al. 1, 62, al. 1, 65d et 74 LPP, 103, let. a, OJ)

La Caisse de prévoyance du personnel de la ville de Berne est une institution de prévoyance de droit public dotée de la personnalité juridique.

Le règlement de prévoyance du personnel (Règlement sur la Caisse de prévoyance de la ville de Berne [RPP]), du 26 avril 1990, contient notamment les dispositions suivantes à l'art. 74 sous le titre marginal «Garantie» :

[1]La ville garantit les prestations d'assurance de la Caisse selon les dispositions du présent règlement.

[2]La ville garantit à la Caisse de pension les intérêts du capital de couverture nécessaire du point de vue de la technique actuarielle à concurrence de 4 %. Les employeurs affiliés doivent participer proportionnellement à cette garantie. Est déterminante pour le calcul la somme des salaires assurés.

Le 27 mars 2003, le conseil municipal de Berne a décidé sur demande du Conseil communal de modifier le règlement de prévoyance du personnel et en particulier d'abroger l'art. 74 , al. 2, RPP. En même temps, un nouvel art. 89b a été introduit avec le titre marginal «Réglementation transitoire de la garantie des intérêts» avec la teneur suivante : «Pour les années 2002 et 2003, la Caisse renonce aux prestations de garantie des intérêts au sens de l'ancien art. 74, al. 2, du présent règlement».

Par décision du 27 mai 2003, l'Office des assurances sociales et de la surveillance des fondations du canton de Berne – auquel, en sa qualité d'autorité de surveillance, devait être soumise la modification du règlement en vertu de l'art. 62, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) – a considéré que le règlement modifié était conforme aux prescriptions juridiques en vigueur, à l'exception de l'art. 89b RPP ; il s'agissait de modifier cet art. 89b RPP de telle sorte que la renonciation aux prestations de garantie soient limitée à l'année 2003. Une renonciation pour l'année 2002 violerait le principe de la confiance et celui de l'interdiction de la rétroactivité.

Considérants du Tribunal fédéral :

L'autorité de surveillance désignée par le canton s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux prescriptions légales (art. 62, al. 1, en liaison avec art. 61, al. 1, LPP). Elle vérifie notamment la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (de droit fédéral) (art. 62, al. 1, let. a, LPP) et est fondée à prendre les
mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62, al. 1, let. d, LPP). Elle peut ainsi annuler tout ou partie des règlements contraires à la loi et donner des directives contraignantes aux institutions de prévoyance sur le contenu des dispositions

correspondantes. Ses décisions peuvent être attaquées à la Commission fédérale de recours LPP (art. 74, al. 2, let. a, LPP) dont les décisions peuvent à leur tour être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 74, al. 4, LPP).

La décision de l'instance inférieure couvre la non-approbation partielle d'une modification du règlement de l'institution de prévoyance de la ville de Berne. Dans la mesure où cette décision provoque des conséquences juridiques – avec notamment des effets financiers particuliers – autant à l'égard de l'institution de prévoyance elle-même que de la commune de Berne en tant qu'employeur et titulaire de l'institution de prévoyance, elle atteint ces deux entités de manière directe, ce qui leur donne la qualité pour déposer leur recours de droit administratif (art. 103, let. a, OJ).

La conclusion des recourantes visant à demander l'annulation également de la décision de l'autorité de surveillance est irrecevable. Cette décision a été remplacée par la décision attaquée de la Commission fédérale de recours LPP (effet dévolutif) et compte comme étant attaquée en même temps ; sa remise en cause de manière distincte est exclue.

En plus de la conclusion visant l'annulation de la décision attaquée, les recourantes déposent également une conclusion en constatation. Comme, contrairement à la règle générale, le Tribunal fédéral opère un contrôle abstrait des normes lorsqu'il examine les décisions de l'autorité de surveillance, il doit dans ce cadre également vérifier la conformité des règlements au droit fédéral et annuler les dispositions réglementaires qui seraient contraires à ce droit. En l'espèce, l'instance inférieure a couvert la décision de l'autorité de surveillance qui avait constaté le caractère contraire au droit de la modification du règlement en ce qui concerne l'art. 89b du règlement de prévoyance dans la mesure où cet article prévoyait la renonciation aux prestations de garantie des intérêts pour l'année 2002. Au cas où la décision attaquée s'avérait contraire au droit fédéral, la modification du règlement en question devrait être complètement approuvée. La conclusion en constatation se révèle ainsi recevable dans cette mesure.

Déjà devant l'instance inférieure, le litige ne portait que sur la question de savoir si le nouvel art. 89b RPP introduit par la modification du règlement du 27 mars 2003 viole ou non le droit fédéral dans la mesure où il prévoit une renonciation aux prestations de garantie des intérêts (selon l'ancien art. 74, al. 2, RPP) également (de manière rétroactive) pour l'année 2002 ; la renonciation prévue dans la même disposition pour l'année 2003 est toujours demeurée incontestée.

Le règlement de prévoyance du personnel de la ville (respectivement de la commune politique) de Berne a été décidé, respectivement arrêté par le conseil municipal, respectivement le législateur communal sur la base du règlement de commune de la ville de Berne du 3 décembre 1998. La question de l'admissibilité d'une disposition réglementaire ayant des effets rétroactifs s'apprécie ainsi selon les principes applicables de manière générale à la rétroactivité des arrêtés.

Dans la perspective temporelle, les normes juridiques déterminantes sont en principe celles qui étaient en vigueur lors de la réalisation des faits donnant lieu aux effets juridiques ; des modifications intervenues après ne doivent pas être prises en considération. Si un arrêté tient compte de faits ou d'événements qui remontent au passé

et qui se sont réalisés avant l'adoption de la norme, il y a une rétroactivité proprement dite qui est en principe inadmissible si elle a des effets défavorables ; par contre, il n'y a en général rien à objecter à une rétroactivité favorable. Une dérogation à ce principe n'est constitutionnellement admissible que très exceptionnellement et à des conditions sévères ; tel est le cas lorsque la rétroactivité est expressément ordonnée ou qu'elle est clairement voulue selon le sens de l'arrêté, qu'elle est temporellement modérée, qu'elle n'entraîne pas d'inégalités juridiques choquantes, qu'elle se justifie par des motifs raisonnables et qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis. Il n'y a en revanche pas de rétroactivité – ou seulement une rétroactivité improprement dite – lorsque le législateur tient compte d'éléments qui sont apparus sous l'empire de l'ancien droit mais qui existent encore lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Selon l'art. 73, al. 1, RPP, l'année de calcul correspond à l'année civile. La question de savoir si et dans quelle mesure la garantie des intérêts du capital de couverture de quatre pour cent prévue à l'art. 74, al. 2, RPP doit être réclamée se pose ainsi au 31 décembre de chaque année. La garantie des intérêts a atteint un montant d'environ 22,3 millions de francs pour l'année 2002. Le fait que le calcul exact du montant dû ne soit connu qu'après l'établissement des comptes annuels en mars/avril de l'année suivante ne joue aucun rôle. Les éléments intervenus après le 31 décembre 2002 n'ont plus d'incidence sur les comptes annuels de 2002. L'instance inférieure a ainsi admis, à juste titre, que l'annulation de la garantie des intérêts pour l'année 2002, décidée en mars 2003, correspondait à une rétroactivité proprement dite.

L'instance inférieure a constaté que la renonciation rétroactive des prestations de garantie des intérêts péjorait le degré de couverture de la Caisse de prévoyance en faveur du personnel. Selon le rapport d'exercice et les comptes annuels de 2002, le degré de couverture de la Caisse s'est réduit de 92,32 % en 2001 à 89,08 % en 2002. Cette réduction a eu des effets défavorables pour les assurés.

Le fait que la modification de règlement en question entraîne une diminution du degré de couverture est reconnu expressément par les recourantes. Les arguments qu'elles invoquent contre l'effet défavorable de la renonciation à la garantie des intérêts ne sont toutefois pas convaincants. Certes, la ville de Berne garantit à l'art. 74, al. 1, RPP les prestations (réglementaires) d'assurance de la Caisse. Cela n'a toutefois, contrairement à l'opinion des recourantes, pas pour conséquence de compenser l'effet défavorable de la renonciation à la garantie des intérêts ou du rendement du capital. Selon l'art. 20, al. 1, RPP, les rentes courantes de la Caisse sont adaptées au renchérissement dans le cadre des possibilités de la Caisse. Cette adaptation des rentes n'est donc précisément pas garantie. Si le degré de couverture baisse, cela réduit les possibilités financières de la Caisse. Il est évident alors que l'adaptation des rentes courantes au renchérissement sera diminuée, voire supprimée. A cela s'ajoute qu'en cas de découvert croissant, la Caisse risque de devoir être assainie et que cet assainissement toucherait les assurés sous une forme ou une autre (augmentation des cotisations, diminution des prestations) même si le règlement de prévoyance du personnel prévoit expressément que seuls seraient touchés les employeurs affiliés (art. 74, al. 3, RPP) (voir l'art. 65d LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005).

Les recourantes ont motivé la renonciation à la prestation de garantie par les difficultés financières de la ville de Berne qui doit urgemment assainir sa situation.

Des raisons fiscales ne constituent jamais un juste motif permettant une rétroactivité proprement dite à moins que les finances publiques soient en danger. L'instance inférieure a considéré à ce sujet que le budget de la ville de Berne ne se révèle pas à ce point précaire qu'il nécessite absolument un assainissement rétroactif à la charge de la situation financière de la Caisse de pension.
En l'espèce, on ne saurait en tous les cas pas parler d'un danger sur les finances de la ville de Berne provoqué par la prestation de garantie litigieuse des intérêts. Ainsi, point n'est besoin d'examiner les autres conditions devant être remplies pour qu'une rétroactivité proprement dite soit admissible.

524 Pas d'effet contraignant de la décision de l'office AI lorsque celle-ci n'est pas communiquée à l'institution de prévoyance : aussi valable avec la LPGA

(Référence à l'arrêt du TFA du 9 décembre 2005, cause Fondation collective N. contre Office AI Berne, I 66/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 49 al. 4 LPGA)

En l'espèce, la question litigieuse porte sur les conséquences liées au fait que l'office AI a omis d'intégrer la fondation collective, en tant qu'assureur LPP, dans la procédure contre la décision AI du 5 mars 2003. Conformément aux principes généraux du droit intertemporel et compte tenu de l'état de fait déterminant dans le temps, ce sont les dispositions valables dès le 1er janvier 2003 qui sont applicables pour répondre à cette question.

La conception légale selon laquelle il faut épargner aux institutions de prévoyance de coûteuses investigations en se basant uniquement sur les constatations et les évaluations des organes AI déterminantes pour l'examen du droit à une rente dans la procédure AI reste toujours valable après l'entrée en vigueur de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), qui ne s'étend en principe pas à la prévoyance professionnelle.

L'évaluation de l'invalidité continue en principe de lier les organes de la prévoyance professionnelle (obligatoire) après le 1er janvier 2003 et elle est de nature à toucher (directement) l'obligation de l'assureur LPP d'allouer des prestations (principe, étendue et délimitation temporelle) selon l'art. 49, al. 4, LPGA. De ce fait, les organes de la prévoyance professionnelle disposent du droit de faire opposition contre la décision AI et de recourir contre la décision sur opposition de l'office AI, en ce qui concerne le droit à la rente en tant que tel ou la fixation du degré d'invalidité ; ils peuvent également interjeter recours auprès du TFA contre les décisions des tribunaux cantonaux dans les litiges relatifs à des rentes de l'assurance-invalidité.

Pour tenir compte du fait que la décision AI n'a pas été communiquée à l'institution de prévoyance qui est censée devoir verser des prestations, l'évaluation de l'AI ne doit pas avoir - dans ce cas-là – un effet contraignant pour l'appréciation de l'invalidité dans la procédure LPP. Cela vaut aussi après l'entrée en vigueur de la LPGA. C'est pourquoi, l'institution de prévoyance qui a connaissance ultérieurement de la décision de l'AI relative à une rente ne dispose d'aucune voie de droit contre celle-ci.

Annexe

Tabelle pour le calcul du montant maximal du 3e pilier a (selon les art. 60a, al. 2, OPP 2 et 7, al. 1, let. a, OPP 3) en fonction de l'année de naissance (le processus débute le 1er janvier de l'année des 25 ans)

Année de naissance	Processus débutant le 1er janvier …	Etat le 31 décembre 1987	Etat le 31 décembre 1988	Etat le 31 décembre 1989	Etat le 31 décembre 1990	Etat le 31 décembre 1991	Etat le 31 décembre 1992	Etat le 31 décembre 1993	Etat le 31 décembre 1994	Etat le 31 décembre 1995	Etat le 31 décembre 1996	Etat le 31 décembre 1997	Etat le 31 décembre 1998	Etat le 31 décembre 1999	Etat le 31 décembre 2000	Etat le 31 décembre 2001	Etat le 31 décembre 2002	Etat le 31 décembre 2003	Etat le 31 décembre 2004	Etat le 31 décembre 2005	Etat le 31 décembre 2006
1962 et avant	1987	4'147	8'633	13'298	18'438	23'784	29'919	36'530	43'405	50'728	58'344	66'409	74'796	83'577	92'709	102'351	112'378	122'107	130'931	140'397	150'099
1963	1988	0	4'320	8'813	13'773	18'932	24'874	31'282	37'948	45'053	52'442	60'270	68'412	76'938	85'804	95'169	104'909	114'396	123'047	132'315	141'815
1964	1989		0	4'320	9'101	14'073	19'820	26'027	32'482	39'368	46'530	54'122	62'018	70'287	78'888	87'976	97'428	106'672	115'149	124'220	133'517
1965	1990			0	4'608	9'400	14'960	20'973	27'226	33'902	40'845	48'210	55'869	63'893	72'237	81'060	90'235	99'245	107'555	116'436	125'539
1966	1991				0	4'608	9'976	15'789	21'835	28'295	35'014	42'146	49'563	57'334	65'416	73'966	82'858	91'628	99'766	108'452	117'356
1967	1992					0	5'184	10'805	16'652	22'905	29'408	36'315	43'499	51'028	58'858	67'145	75'764	84'303	92'277	100'776	109'487
1968	1993						0	5'414	11'045	17'073	23'343	30'008	36'939	44'206	51'763	59'767	68'090	76'380	84'176	92'472	100'976
1969	1994							0	5'414	11'218	17'253	23'674	30'352	37'355	44'639	52'357	60'385	68'424	76'041	84'134	92'429
1970	1995								0	5'587	11'397	17'584	24'019	30'769	37'788	45'233	52'975	60'774	68'218	76'116	84'211
1971	1996									0	5'587	11'541	17'734	24'233	30'991	38'163	45'623	53'183	60'456	68'160	76'056
1972	1997										0	5'731	11'691	17'948	24'455	31'366	38'554	45'884	52'993	60'510	68'215
1973	1998											0	5'731	11'749	18'008	24'662	31'581	38'684	45'632	52'965	60'481
1974	1999												0	5'789	11'810	18'215	24'877	31'762	38'554	45'710	53'044
1975	2000													0	5'789	11'954	18'365	25'039	31'679	38'663	45'821
1976	2001														0	5'933	12'103	18'574	25'069	31'887	38'876
1977	2002															0	5'933	12'203	18'554	25'210	32'033
1978	2003																0	6'077	12'291	18'790	25'452
1979	2004																	0	6'077	12'421	18'923
1980	2005																		0	6'192	12'539
1981	2006																			0	6'192

Pour un état autre que le 31 décembre, procéder par interpolation linéaire des valeurs au 31 décembre les plus proches.

Chaque année, le tableau doit être complété par une ligne et une colonne supplémentaires.

Paramètres de calcul

Année	*1987*	*1988*	*1989*	*1990*	*1991*	*1992*	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*	*2002*	*2003*	*2004*	*2005*	*2006*
Bonification	*4'147*	*4'320*	*4'320*	*4'608*	*4'608*	*5'184*	*5'414*	*5'414*	*5'587*	*5'587*	*5'731*	*5'731*	*5'789*	*5'789*	*5'933*	*5'933*	*6'077*	*6'077*	*6'192*	*6'192*
Taux d'intérêt	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*4.00%*	*3.25%*	*2.25%*	*2.50%*	*2.50%*

Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
tél. 031 324 06 11
fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO. 91

6 avril 2006

Table des matières

Indications

525 Application des règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 entre la Suisse et les dix nouveaux Etats membres de l'UE à compter du 1er avril 2006

526 Réduction à 1,1% de la cotisation LPP pour les chômeurs

Prises de position

527 Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse

528 Versement anticipé en vue de l'acquisition d'un logement contigu au premier

529 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire : interruption entre les missions

530 Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l'autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?

Jurisprudence

531 Affiliation à deux institutions de prévoyance différentes pour le personnel «fixe» et le personnel «temporaire» puis résiliation du contrat d'affiliation pour le personnel «temporaire», affiliation auprès de l'institution supplétive?

532 Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint

533 Point de départ de la prescription du droit à la rente d'invalidité et demande tardive à l'AI

534 Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances

535 Problème de dépendance (alcool); perte d'emploi (menace de retrait du permis de conduire); réaction de panique; absence de volonté implicite de résiliation de la part du travailleur

536 Placement de la fortune chez l'employeur qui est une banque : inadmissibilité du risque accru

Annexe

Organigramme

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

525 Application des règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 entre la Suisse et les dix nouveaux Etats membres de l'UE à compter du 1er avril 2006

L'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes a été étendu aux dix nouveaux Etats membres de l'UE. Les règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 sont dès lors applicables aux relations entre la Suisse et Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et la République tchèque à compter du 1er avril 2006.

Cela signifie qu'à partir du 1er juin 2007 (fin de la période transitoire de 5 ans prévue par l'accord initial entre la Suisse et l'UE), les restrictions mises au versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse – voir à ce sujet les bulletins de la prévoyance professionnelle n° 85, ch. 490 et 61, ch. 373 – s'appliqueront également lorsque la personne concernée se rend dans l'un des pays susmentionnés et y est assurée pour les risques vieillesse, survivants et invalidité.

526 Réduction à 1,1% de la cotisation LPP pour les chômeurs

Le Conseil fédéral a adopté, le 22.02.2006, une modification de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs faisant passer le taux de cotisation de 2,2% à 1,1% du salaire journalier coordonné. Cette modification prend effet le 01.03.2006.

Les chômeurs sont assurés contre les risques de décès et d'invalidité dans le cadre de la LPP, les détails concernant l'obligation de cotiser et les éventuelles prestations étant réglés dans l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

Jusqu'ici, la cotisation LPP de 2,2% sur le salaire journalier coordonné était financée pour moitié par les personnes au chômage. Les cas d'assurance annoncés ayant été moins nombreux que prévu, cette cotisation peut maintenant être abaissée à 1.1%.

Prises de position

527 Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse

Dans le cadre de la mise en œuvre du 3e paquet de la 1re révision LPP, la question suivante a été posée à plusieurs reprises à l'OFAS : quelle information faut-il donner lors d'un changement d'institution de prévoyance professionnelle sur les rachats effectués selon l'art. 79b, al. 3, LPP ? Une autre question se pose aussi concernant le montant des rachats dans une nouvelle institution de prévoyance lorsque la personne a déjà perçu ou perçoit des prestations de vieillesse d'une autre institution de prévoyance.

1. Information sur le rachat dans les cas de libre passage

Les prestations résultant d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans (art. 79b, al. 3, LPP). Dans les cas de libre passage, la durée qui s'est déjà écoulée quand la personne

était affiliée à l'ancienne institution de prévoyance doit-elle être prise en compte dans la nouvelle institution ?

Selon l'OFAS, la réponse à la question est oui. Dans la mesure où les trois ans ne se sont pas écoulés, le délai selon l'art. 79b, al. 3, LPP suivant un rachat effectué dans l'institution de prévoyance précédente doit aussi être respecté après le transfert de la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance professionnelle (institution de prévoyance ou institution de libre passage). L'OFAS est d'avis que la procédure suivante doit être appliquée :

1.1 Lors de la sortie d'une institution de prévoyance professionnelle

[1] Lorsqu'une personne assurée sort d'une institution de prévoyance professionnelle, elle doit communiquer par écrit à la nouvelle institution de prévoyance ou à l'institution de libre passage à laquelle la prestation de sortie est transférée la valeur nominale des montants des rachats, intérêts compris, ainsi que les données précises concernant les rachats auxquels la personne assurée a procédé ou que son employeur a effectués au profit de celle-ci au cours des trois ans qui ont précédé la sortie.

[2] A l'exception des rachats mentionnés à l'al. 3 ci-dessous, tous les rachats volontaires effectués au cours des trois années précédant la sortie pour combler une lacune de prévoyance doivent être déclarés. S'il n'y a pas eu de rachats nécessitant une déclaration, l'institution de prévoyance professionnelle précédente en informe aussi la nouvelle institution.

[3] Les rachats en cas de divorce en vertu de l'art. 22c LFLP effectués au cours des trois années précédant la sortie sont les seuls rachats qui ne doivent pas être déclarés (cf. 79b, al. 4, LPP).

[4] Pour ce qui est de la rémunération des montants des rachats selon l'al. 1, le taux d'intérêt effectivement crédité s'applique dans les caisses à primauté des cotisations, et le taux minimal LPP dans les caisses à primauté des prestations (cf. art. 17 LFLP en corrélation avec l'art. 6, al. 2, OLP).

1.2 Lors de l'entrée dans une institution de prévoyance professionnelle

[1] L'institution de prévoyance professionnelle qui, lors de l'entrée d'une personne assurée, n'a pas obtenu de la précédente institution de prévoyance ou de l'institution de libre passage de laquelle la prestation de sortie a été transférée les informations nécessaires sur les rachats (selon le ch. 3.1, al. 1) doit exiger d'elle ces informations.

[2] Lors de l'entrée dans la nouvelle institution, le temps écoulé depuis le rachat lorsque la personne assurée était affiliée à l'institution de prévoyance précédente doit être pris en compte dans le calcul du délai de trois ans à respecter pour les versements sous forme de capital selon l'art. 79b, al. 3, LPP.

1.3 Contrôle de l'obligation d'information

[1] Lors de l'examen de la gestion selon l'art. 35, al. 1, let. b, OPP 2, l'organe de contrôle (organe de révision) vérifie si l'institution de prévoyance professionnelle a satisfait à son obligation d'information selon la présente prise de position.

[2] Si l'organe de contrôle constate des manquements, il en fait part à l'institution de prévoyance. Si, malgré la mise en garde de l'organe de contrôle, l'institution de prévoyance ne respecte pas la présente prise de position, l'organe de contrôle en informe l'autorité de surveillance compétente qui prendra les mesures appropriées.

2 Rachats après le versement de prestations de vieillesse

Une personne assurée qui a choisi de prendre une retraite anticipée ou qui a dû le faire peut-elle racheter l'intégralité *des prestations réglementaires dans une nouvelle institution de prévoyance ?*

Selon l'OFAS, une telle opération n'est possible que si l'avoir de vieillesse dont disposait la personne assurée au moment de son départ à la retraite anticipée est pris en compte dans le calcul de la somme de rachat nécessaire. L'OFAS est d'avis que dans un tel cas il faut procéder de la manière suivante :

2.1 Interdiction de la double assurance

[1] Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, il appartient à l'institution de prévoyance d'édicter les dispositions réglementaires concernant les rachats des prestations réglementaires complètes (cf. art. 49, al. 1, et art. 50 LPP). Elle doit alors respecter les prescriptions légales et en particulier les principes ci-dessous.

[2] Si une personne assurée perçoit des prestations de vieillesse parce qu'elle a atteint l'âge réglementaire de la retraite ou si elle les a déjà perçues et doit par la suite être affiliée à une nouvelle institution de prévoyance parce qu'elle continue de travailler, elle ne peut racheter que les prestations réglementaires selon l'art. 79b, al. 1, LPP dépassant la couverture de prévoyance existant avant la survenance du cas de prévoyance (interdiction de la double assurance ; cf. ATF 120 V 15 cons. 4).

[3] Lors du calcul de la somme de rachat nécessaire, la nouvelle institution de prévoyance doit imputer l'avoir de vieillesse existant à l'échéance des prestations de vieillesse. Cette imputation s'opère selon les dispositions réglementaires applicables de l'institution de prévoyance.

[4] Si la personne assurée perçoit une rente de vieillesse d'une caisse à primauté des prestations, la valeur actuelle de cette rente selon les dispositions réglementaires applicables de l'institution de prévoyance précédente, telle qu'elle s'établissait lorsque la rente a été versée pour la première fois, doit être prise en compte lors de l'imputation selon l'al. 3.

2.2 Obligation d'information

[1] Les institutions de prévoyance qui affilient des personnes de plus de 55 ans[1] doivent demander à l'institution de prévoyance précédente si la personne assurée n'a pas déjà perçu des prestations de vieillesse ou n'en perçoit pas, si celle-ci entend racheter les prestations réglementaires selon l'art. 79b, al. 1, LPP.

---

1 Selon l'art. 1*i*, al. 1, OPP 2, il n'est pas possible de prendre une retraite anticipée avant 58 ans révolus, mais l'al. 2 prévoit certaines exceptions ; il existe aussi une réglementation transitoire applicable jusqu'au 31 décembre 2010, cf. let. d des dispositions transitoires de la modification du 10 juin 2005 de la LPP, RO 2005 4285.

[2] Les institutions de prévoyance professionnelle précédentes (institutions de prévoyance et institutions de libre passage) doivent informer la nouvelle institution de prévoyance qui dépose une demande écrite et motivée de la forme et du montant des prestations de vieillesse versées, en respectant les dispositions de la LPP sur la protection des données.

2.3 Contrôle

[1] Dans le cadre du contrôle qu'il doit effectuer selon l'art. 53, al. 2, let. b, LPP, l'expert en matière de prévoyance professionnelle vérifie si l'institution de prévoyance a édicté les dispositions réglementaires nécessaires sur l'imputation des prestations de vieillesse déjà perçues lors du calcul de la somme de rachat et si, lorsque des cas se sont présentés, le calcul technique de la somme de rachat a été effectué conformément à la loi et au règlement, ainsi qu'à la présente prise de position.

[2] Si, malgré la mise en garde de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, l'institution de prévoyance ne respecte pas la présente prise de position concernant l'interdiction de la double assurance et l'obligation d'information, l'expert en avise l'autorité de surveillance compétente qui prendra les mesures appropriées.

528 Versement anticipé en vue de l'acquisition d'un logement contigu au premier

(art. 30c LPP et art. 1,2 et 4 OEPL)

Un assuré, propriétaire d'une maison en rangée, financée à l'aide d'un versement anticipé, conformément à l'article 30 c LPP, sollicite à nouveau de son institution de prévoyance un versement anticipé en vue de l'achat d'un logement contigu à son immeuble. Cette nouvelle acquisition a principalement pour but d'agrandir le logement actuel en vue d'y installer ses enfants. Cette opération, sous réserve notamment de l'article 5, 3^{e} alinéa, OEPL, aurait été possible si cette seconde habitation n'était pas inscrite séparément au registre foncier. Le versement anticipé aurait en quelque sorte servi à financer la transformation d'un logement existant.

Mais dans le cas qui nous occupe, l'immeuble en question est aussi inscrit au registre foncier et constitue par conséquent un bien-fonds différent, conformément à l'article 655 CCS, resp. 656 CCS. Or, il ressort de l'article 1, 2e alinéa, OEPL que l'assuré ne peut requérir de son institution de prévoyance un versement anticipé que pour un seul objet. En outre, en vertu de l'article 4, 1er alinéa, OEPL, la notion de «propres besoins» est définie comme étant l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel.

En raison de cette inscription au registre foncier, l'institution de prévoyance n'est donc pas en droit d'accorder un versement anticipé à son assuré. Par contre, cet obstacle peut être levé en réunissant les deux immeubles sous une seule inscription au registre foncier, conformément à l'article 945 CC, resp. 91ss ORF.

529 Assujettissement à la LPP des travailleurs engagés par une entreprise de travail temporaire : interruption entre les missions

Selon le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 87, ch. 505, lorsque le travailleur effectue une série de missions et qu'aucune d'entre elles ne dépasse 3 mois, le travailleur devra être affilié à la LPP dès le début du 4e mois (14e semaine) lorsque la durée totale des missions avec la même entreprise de travail temporaire dépasse 3 mois, y compris **lorsque les missions ne se suivent pas immédiatement**.

Il y a lieu de préciser le laps de temps entre deux missions au-delà duquel le « compteur » des différentes missions « repart à zéro ». Déjà avant l'entrée en vigueur de l'art. 2 OPP 2, l'OFAS a toujours soutenu le principe qu'en cas de missions de courte durée sans interruption notable pour la même entreprise de travail temporaire, il y a lieu de considérer cette série de missions comme une prolongation du premier rapport de travail et que, par conséquent, il y a aussi assujettissement à la LPP dans ce cas-là si la limite des 3 mois est dépassée (cf. nouvel art. 1j = ancien art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 et l'article « Problèmes d'assujettissement à la LPP » dans la Revue à l'intention des caisses de compensation RCC 1985 p. 376). Selon l'art. 3, ch. 2, du Règlement de prévoyance pour les employés temporaires de la Fondation 2e pilier de l'Union suisse des Services de l'emploi (USSE), « une fois affiliés, les salariés le restent, pour autant qu'une interruption de travail entre deux missions n'excède pas deux semaines pendant les six premiers mois et cinq semaines dès le septième mois ». Pour éviter des problèmes d'application pratique, il se justifie d'avoir des délais uniformes avant l'affiliation et après le début de celle-ci. Par conséquent, il y aura assujettissement à la LPP lorsque la durée cumulée des missions pour la même entreprise de travail temporaire dépasse les 3 mois et qu'il n'y a pas plus de deux semaines d'interruption entre les missions. Si l'interruption est **supérieure à deux semaines**, la prise en compte de la durée des différentes missions repartira à zéro. Par exemple, si une personne effectue une première mission de 2 mois puis arrête de travailler pendant 6 mois avant d'effectuer une seconde mission de 1 mois, il n'y aura pas encore d'assujettissement à la LPP, car il ne s'agira alors plus d'une prolongation de la mission initiale. Les délais susmentionnés ne sont pas applicables s'il y a interruption pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou civil obligatoire ou de protection civile. En cas de maternité, le délai d'interruption est de 14 semaines. Par ailleurs, il faut réserver le cas exceptionnel de l'abus de droit avec des contrats de durée déterminée en chaîne par lesquels la personne serait embauchée, licenciée puis réembauchée à plusieurs reprises, à chaque fois juste après la limite des 2 semaines, s'il s'avérait qu'il n'y a pas de raison objective à une telle opération et que le seul but serait d'échapper à l'assurance obligatoire LPP (cf. ATF 119 V 46, considérant 1c p. 48).

La présente prise de position vise le cas où il s'agit de rapports de travail de durée déterminée. Par contre, lorsqu'il s'agit de rapports de travail de durée indéterminée, le travailleur doit être assuré dès le début des rapports de travail (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 56, ch. 334).

530 Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l'autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?

(Art. 79c LPP)

1. Différence entre salaire assurable et salaire assuré

Salaire assurable et salaire assuré sont deux notions différentes. Le salaire assurable est le revenu qui peut a priori être soumis à la prévoyance professionnelle, indépendamment de la technique d'assurance choisie par l'IP. Le salaire assuré est la partie du salaire assurable qui est finalement réellement (a posteriori) soumise à la prévoyance professionnelle, la partie en question étant alors déterminée en fonction de la technique d'assurance choisie par l'IP (en général par la déduction d'un montant de coordination pour tenir compte de l'assurance du 1er pilier).

Dans le cas d'une IP pratiquant le minimum LPP, l'article 8 alinéa 1 LPP (adapté à l'évolution des montants) dit que "la partie du salaire annuel comprise entre 22'575 et 77'400 doit être assurée". Auparavant, l'article 7 alinéa 2 LPP stipule que c'est le salaire AVS qui entre en considération. Ladite phrase doit donc être comprise dans le sens où, pour le minimum LPP, le salaire assurable est le salaire AVS limité à 77'400 et le salaire assuré est le salaire assurable moins 22'575. Les dispositions relatives à un salaire assuré minimal sont toutefois réservées. A noter encore que, s'agissant de la LPP, on parle de salaire coordonné plutôt que de salaire assuré (mais c'est juste une question de terminologie).

2. Conditions concernant le salaire assurable

Une IP n'est pas tout à fait libre de fixer, dans son règlement, le salaire assurable comme elle l'entend. Il y a deux règles:

- le salaire assurable ne doit pas dépasser le salaire AVS (article 1 alinéa 2 LPP);
- le salaire assurable ne doit pas dépasser 774'000 (article 79c LPP).

Ces limites sont le cas échéant valables sur l'ensemble des rapports de prévoyance (articles 1a et 60c OPP 2).

Dans le cas du minimum LPP, où comme on vient de le voir le salaire assurable est le salaire AVS limité à 77'400, ces conditions sont respectées car on ne dépasse ainsi, ni le salaire AVS, ni 774'000.

3. Conditions concernant le salaire assuré

Le salaire assuré est une partie du salaire assurable. Il n'y a pas d'autres conditions légales. En particulier, il est possible de prévoir un salaire assuré égal à la totalité du salaire assurable (montant de coordination nul).

Dans le cas du minimum LPP, où comme on vient de le voir le salaire assuré est le salaire assurable moins 22'575, le montant de coordination est donc de 22'575. Le salaire assuré peut ainsi aller jusqu'à 54'825 (77'400 - 22'575).

4. La question posée et son contexte

La question posée part de l'hypothèse qu'il y a une IP "base" qui réalise le minimum LPP et une IP "complémentaire". On vient de voir quels sont les salaire assurable et salaire assuré du minimum LPP. La question est maintenant de savoir qu'est-ce qui est admissible, en matière de salaire assurable et de salaire assuré, pour l'IP "complémentaire", compte tenu du contexte.

5. Notre réponse

Etant donné qu'il faut considérer l'ensemble des rapports de prévoyance, on peut déjà dire que le salaire AVS jusqu'à 77'400 n'est pas assurable dans l'IP "complémentaire". En effet, ces revenus sont assurables dans l'IP "base" et une double considération engendrait un dépassement par rapport au salaire AVS, ce qui serait manifestement contraire à l'art. 1, al. 2 LPP.

Donc seule l'éventuelle part de salaire AVS dépassant 77'400 est assurable dans l'IP "complémentaire". La question maintenant se pose de savoir jusqu'où peut-on aller. On a une limite, globale, à 774'000. Etant donné que 77'400 sont déjà assurables dans l'IP "base", il reste 696'600 assurables dans l'IP "complémentaire" (774'000 - 77'400).

En résumé, le salaire assurable dans l'IP "complémentaire" peut être au maximum la part de salaire AVS comprise entre 77'400 et 774'000, soit un salaire assurable de 0 à 696'600.

Quant au salaire assuré dans l'IP "complémentaire", rien n'empêche le règlement correspondant de ne prévoir aucun montant de coordination, c'est-à-dire de fixer un salaire assuré égal au salaire assurable. Le cas échéant, le salaire assuré dans l'IP "complémentaire" pourrait aller jusqu'à 696'600. Etant donné que ce sont jusqu'à 54'825 qui sont assurés dans l'IP "base", le salaire assuré consolidé pourrait aller jusqu'à 751'425. La différence par rapport au plafond de 774'000, soit 22'575, est justement le montant de coordination de l'IP "base", lequel ne pourra ainsi pas être compensé dans l'IP "complémentaire".

Jurisprudence

531 Affiliation à deux institutions de prévoyance différentes pour le personnel «fixe» et le personnel «temporaire» puis résiliation du contrat d'affiliation pour le personnel «temporaire», affiliation auprès de l'institution supplétive?

(Référence à l'arrêt du TFA du 31 janvier 2006, cause Fondation institution supplétive LPP contre X., B 72/04 ; arrêt en français)

(Art. 11 et 60 LPP, 7 OPP 2)

L'entreprise de placement X. était affiliée auprès de deux institutions de prévoyance différentes pour deux groupes de salariés distincts : l'institution Z. assurait le personnel «fixe» et l'institution M. assurait le personnel considéré comme «temporaire». A fin août 2001, M. a résilié le contrat d'affiliation pour cause de non-paiement des primes de la part de X., de sorte que le personnel «temporaire» s'est retrouvé sans aucune affiliation LPP, étant donné que Z. a refusé d'assurer le personnel «temporaire» avec le personnel

«fixe». L'employeur X. a dès lors demandé à la Fondation institution supplétive LPP (FIS) d'affilier son personnel «temporaire». La FIS a refusé, estimant que c'est Z. qui devrait couvrir l'ensemble du personnel de X., conformément à l'art. 7 al. 1 OPP 2, du moment que Z. assure déjà le personnel «fixe».

Le TFA relève tout d'abord que les salariés considérés comme du personnel «temporaire» doivent être assurés obligatoirement à la LPP dans le cas d'espèce, car ces salariés sont entrés dans l'entreprise depuis bien plus de 3 mois et ont été manifestement engagés pour une durée supérieure à 3 mois.

L'employeur est tenu d'affilier les salariés soumis à l'assurance obligatoire à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 1 LPP). Les effets de cette affiliation sont prévus à l'art. 7 al. 1 OPP 2: l'affiliation entraîne l'assurance, auprès de cette institution, de tous les salariés soumis à la loi. La loi et l'ordonnance partent de l'idée que tous les salariés d'un employeur qui doivent être assurés le seront en principe auprès de la même institution de prévoyance (Commentaire du projet d'OPP 2 par l'OFAS, août 1983, ad art. 37 Projet OPP 2, p. 64). Quant à l'art. 7 al. 2 OPP 2, il prévoit la possibilité pour l'employeur de déroger à ce principe et de s'affilier, sous certaines conditions, à plusieurs institutions de prévoyance enregistrées. A défaut d'exercer ce choix, l'employeur est affilié à une seule institution de prévoyance, cette affiliation entraînant l'assurance - pour le domaine obligatoire - de tous les salariés qu'il est tenu d'assurer auprès de la même institution.

Toutefois, le TFA est d'avis que l'on ne saurait déduire de l'art. 7 al. 1 OPP 2 que l'institution Z., auprès de laquelle l'employeur est resté affilié pour une partie des salariés, devrait assurer l'ensemble du personnel lorsque le rapport d'assurance concernant l'autre groupe de salariés prend fin. Cela reviendrait à imposer unilatéralement à l'institution Z. une modification du contrat d'affiliation et violerait le principe de la liberté contractuelle.

Dès lors qu'une partie des salariés de X. s'est retrouvée sans couverture LPP et que cet employeur n'a pas pu conclure un nouveau contrat d'affiliation, c'est la FIS qui est tenue d'assurer ce groupe de salariés, conformément à l'art. 60 al. 2, let. b, LPP. Selon le TFA, nier dans un tel cas l'obligation pour la FIS d'assurer une partie des salariés d'un employeur déjà affilié à une autre institution de prévoyance pour un certain groupe de travailleurs reviendrait à empêcher l'employeur d'exécuter son obligation d'affilier à une institution de prévoyance l'ensemble des salariés soumis à l'assurance obligatoire (art. 11 LPP).

532 Divorce, critères de fixation de l'indemnité équitable et versement d'une rente directement entre les mains de l'ex-conjoint

(Référence à l'arrêt du TF du 2 février 2006, cause X. contre Dame X., 5C.155/2005 et 5C.156/2005 ; arrêts en français)

(Art. 124 CC)

Une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne peuvent être partagées pour d'autres motifs (art. 124, al. 1, CC). Dès qu'un époux touche des prestations, un partage n'est plus

possible et seule une indemnité équitable peut être fixée (ATF 130 III 297 consid. 3.3.1). En l'espèce, l'ex-époux, né en 1943, reçoit une rente d'invalidité de l'AI et du 2e pilier, tandis que l'ex-épouse, née en 1948, travaille à mi-temps et est affiliée auprès d'une institution de prévoyance.

Selon la jurisprudence, il faut fixer l'indemnité équitable en prenant en considération l'option de base du législateur à l'art. 122 CC, à savoir que les avoirs de prévoyance accumulés pendant le mariage doivent en principe être partagés par moitié entre les époux. Toutefois, il ne saurait être question de fixer schématiquement une indemnité qui corresponde à un partage par moitié des avoirs de prévoyance, sans tenir compte de la situation économique concrète des parties. Il convient au contraire 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 concrète des époux divorcés (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1; 127 III 433 consid. 3). On peut procéder en deux étapes : le tribunal calcule d'abord le montant de la prestation de sortie au moment du divorce — respectivement au moment de la survenance du cas de prévoyance — et partant la moitié de ce montant hypothétique selon l'art. 122 CC ; il adapte ensuite le résultat de ce calcul aux besoins concrets des parties en matière de prévoyance (ATF 131 III 1 consid. 4.2; 129 III 481 consid. 3.4.1). Si le cas de prévoyance est survenu de nombreuses années avant le divorce, il ne faut pas fixer le montant de la rente en se fondant sur les principes de l'art. 122 CC (partage par moitié d'un avoir de prévoyance hypothétique). Dans un tel cas, ce sont surtout les besoins concrets de prévoyance des deux époux qui sont déterminants (ATF 131 III 1 consid. 5 et 6). Lorsque l'époux pour lequel un cas de prévoyance est déjà survenu a comme seul actif une rente, l'indemnité équitable due à l'autre doit prendre la forme d'une rente, et non d'un capital (ATF 131 III 1 consid. 4).

L'ex-épouse reproche aux juges cantonaux d'avoir violé l'art. 124 CC en décidant que la rente viagère allouée à titre d'indemnité équitable soit versée à son institution de prévoyance plutôt qu'à elle-même, et cela même lorsqu'elle aura atteint l'âge de la retraite.

En cas d'octroi d'une indemnité équitable selon l'art. 124 CC, le législateur n'a pas prévu — sous réserve de l'art. 22b LFLP, qui présuppose qu'aucun cas de prévoyance ne soit survenu pour l'époux débiteur — que cette indemnité puisse être versée sous une forme liée. En l'absence d'une base légale prévoyant le versement de l'indemnité équitable sous une forme liée, le juge ne peut pas ordonner qu'une indemnité équitable dont le conjoint débiteur doit s'acquitter au moyen de son patrimoine libre (en l'occurrence la rente d'invalidité qu'il reçoit de sa caisse de pensions) soit versée à l'institution de prévoyance du conjoint créancier, ni qu'elle soit versée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage au nom du conjoint créancier. Cela dit, rien n'empêche le juge d'entériner un éventuel accord des parties en ce sens, lorsqu'il est établi que l'accord conclu peut être exécuté sur le plan du droit de la prévoyance.

En définitive, la rente due à la défenderesse à titre d'indemnité équitable doit être versée directement entre les mains de l'ex-épouse, et non pas à l'institution de prévoyance de cette dernière. Il incombe à l'institution de prévoyance de l'ex-époux de prélever le montant correspondant sur la rente LPP de l'ex-époux et de le verser à l'ex-épouse.

533 Point de départ de la prescription du droit à la rente d'invalidité et demande tardive à l'AI

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 février 2006, cause S. contre Fondation collective LPP R., B 124/04 ; arrêt en français)

(Art. 26. al. 1 et ancien art. 41 LPP, art. 29 et 48, al. 2, LAI)

En l'espèce, il s'agit d'examiner si la rente d'invalidité LPP de S. était déjà prescrite avant l'entrée en vigueur de l'art. 41 de la LPP révisée en date du 1er janvier 2005. L'art. 41, al. 1, LPP avait la teneur suivante jusqu'au 31 décembre 2004 : «Les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations sont applicables.».

Le Tribunal cantonal des assurances a jugé que le droit à la rente d'invalidité LPP est né le 1er juin 1993 soit à l'expiration de la période de carence d'une année prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI, auquel renvoie l'art. 26, al. 1, LPP, indépendamment du fait que la rente AI n'a été allouée qu'à partir du 1er juin 1994 en raison du caractère tardif de la demande de prestations AI (art. 48, al. 2, LAI). D'après cette disposition, si l'assuré présente sa demande plus de 12 mois après la naissance du droit, les prestations AI ne sont allouées que pour les 12 mois précédant le dépôt de la demande. Le Tribunal cantonal des assurances a considéré que la rente d'invalidité était prescrite le 2 décembre 2003, date à laquelle S. a déposé sa demande en justice tendant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité LPP.

S. conteste ce jugement et invoque le fait que le droit à la rente AI n'était exigible qu'à partir du 1er juin 1994 en raison du caractère tardif de sa demande de prestations AI. De l'avis de S., le droit à la rente d'invalidité LPP serait né le 1er juin 1994 et le point de départ de la prescription devrait être fixé à cette date-là. Par conséquent, le droit à la rente d'invalidité LPP ne serait pas encore prescrit au moment du dépôt de la demande en justice.

La réglementation de l'art. 26, al. 1, LPP, qui renvoie à l'art. 29 LAI, a pour but de coordonner le début du droit aux prestations de la prévoyance professionnelle et le début du droit à la rente AI (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 142 et 200). L'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à ladite prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 126 V 263). La date à laquelle la demande est déposée à l'AI (art. 67 RAI) détermine le début du versement de la rente AI mais non pas la naissance du droit qui peut fort bien être antérieure (ATF 117 V 26). C'est pourquoi le moment de la naissance du droit à la rente AI ne se confond pas avec le début du versement de cette prestation lorsque celui-ci est différé en raison de la tardiveté de la demande, en application de l'art. 48, al. 2, LAI. Le renvoi de l'art. 26, al. 1, LPP aux "dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) » vise uniquement l'art. 29 LAI, à l'exclusion de l'art. 48, al. 2, LAI. Il ne se justifie donc pas de faire coïncider la naissance du droit à la rente d'invalidité LPP avec le début du versement différé de la rente AI.

En définitive, la naissance du droit à la rente d'invalidité LPP et son exigibilité doivent être fixées au 1er juin 1993, soit à l'expiration de la période de carence prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI. Comme aucun acte interruptif de prescription (art. 135 CO) n'a été effectué avant la demande en justice déposée le 2 décembre 2003, le droit à la rente d'invalidité LPP était prescrit à cette date-là.

534 Divorce, indemnité équitable, compétences respectives du juge du divorce et du juge des assurances, pas de compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances

(Référence à l'arrêt du TFA du 23 février 2006, cause B 131/04 ; arrêt en français)

(Art. 124 CC et art. 22b, al. 1, LFLP)

En l'espèce, l'ex-épouse a été reconnue invalide à 100 %. A ce titre, elle a perçu son avoir de prévoyance acquis durant le mariage sous forme d'une prestation en capital. La prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage s'élevait à 134'481 francs. Comme un cas de prévoyance était déjà survenu pour l'un des conjoints, le juge du divorce a décidé l'octroi d'une indemnité équitable en faveur de l'ex-épouse, correspondant à la moitié de la prestation de sortie acquise par l'ex-époux durant le mariage. Le Tribunal cantonal des assurances a ordonné à l'institution de prévoyance de l'ex-mari de prélever un montant de 67'240 francs sur la prestation de libre passage de l'ex-époux et de le transférer sur le compte de prévoyance de l'ex-épouse auprès de la Banque B. L'ex-mari prétend compenser la prestation de sortie due à son ex-épouse avec d'autres créances qu'il détiendrait contre celle-ci.

Pour faciliter le paiement de l'indemnité équitable due à l'un des conjoints en vertu de l'art. 124 CC, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie de l'époux débiteur sera imputée sur cette indemnité (art. 22b, al. 1, LFLP). Ce sera le cas lorsqu'en raison de la situation financière serrée de l'époux débiteur, l'attribution d'une rente ou d'un capital n'entre pas en considération. Cette possibilité suppose toutefois qu'aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour l'époux débiteur (ATF 129 III 488).

Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux et que ceux-ci ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la nature et le montant précis de l'indemnité équitable, il appartient au juge du divorce d'en déterminer les modalités d'exécution. Ainsi, si le jugement de divorce prévoit la cession d'une partie de la prestation de sortie selon l'art. 22b, al. 1, LFLP, le juge du divorce n'a pas le pouvoir de déterminer quel montant exact doit être transféré sur le compte de prévoyance du conjoint bénéficiaire. L'affaire doit être transmise au juge des assurances à qui il incombera d'exécuter le partage selon les proportions fixées par le juge du divorce et de déterminer le montant précis revenant à l'époux bénéficiaire.

Il n'est pas possible de compenser la prestation de sortie due à l'autre conjoint selon l'art. 122 CC ou l'indemnité équitable due à l'autre époux selon l'art. 124 CC avec d'autres créances dans le cadre d'une procédure de divorce. En effet, les art. 3 à 5 LFLP, auxquels renvoie l'art. 22, al. 1, LFLP, expriment le principe fondamental du maintien de la prévoyance et interdisent la compensation de la prestation de sortie avec d'autres créances du conjoint (cf. arrêt B 18/01 du 14 mai 2002, publié in FamPra.ch 2002

p. 568). Les prestations de sortie acquises durant le mariage doivent être soit transférées à l'institution de prévoyance de l'époux bénéficiaire (art. 3), soit maintenues dans la prévoyance sous une autre forme (art. 4), dans la mesure où les conditions du paiement en espèces ne sont pas données (art. 5 LFLP). Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne sauraient être ni cédés ni mis en gage (art. 17 OLP). Le droit au partage des avoirs de prévoyance professionnelle ne saurait dépendre ni des régimes matrimoniaux et de leur liquidation, ni de la solution adoptée en matière d'entretien après le divorce (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, Feuille fédérale 1996 I 102). Il en va de même lorsqu'une indemnité équitable est accordée après la survenance d'un cas de prévoyance ou en cas d'impossibilité du partage, à défaut de quoi le but de la réglementation ne serait plus réalisé.

535 Problème de dépendance (alcool); perte d'emploi (menace de retrait du permis de conduire); réaction de panique; absence de volonté implicite de résiliation de la part du travailleur

(référence a l`arrêt du TFA du 7 mars 2006 en la cause C. contre Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A. SA, B 58/05; arrêt en allemand)

(art. 19, al. 1, let. a , LPP [dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004, soit avant l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP]; art. 20 LPP; art. 10, al. 3, LPP et art. 337d CO)

Faits

Le 28 février 2002, J., marié et père de deux enfants, a obtenu un après-midi de congé auprès de son employeur. Le même soir, il a quitté son domicile après une discussion avec son épouse et n'est ensuite plus réapparu ni dans sa famille ni chez son employeur. Par lettre du 18 mars 2002, son employeur lui a communiqué que les rapports de travail étaient résiliés rétroactivement au 28 février 2002. Le 6 avril 2002, J. a été retrouvé sans vie. Les autorités ont conclu à un suicide.

Considérants en droit

La seule question qui est litigieuse et qui doit être examinée est celle de savoir si J. se trouvait encore dans une relation d'assurance avec l'intimée lorsqu'il a mis fin à ses jours le 6 avril 2002 en Autriche et si l'institution de prévoyance doit verser une rente de veuve et des rentes d'orphelins (art. 19, al. 1, let. a, LPP [dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2004, soit avant l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP] et art. 20 LPP).

La résiliation des rapports de travail entraîne la sortie de l'assuré de l'institution de prévoyance et la perte de la qualité d'assuré. Selon l'art. 10, al. 3, LPP, la protection de prévoyance subsiste encore un mois auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité (délai d'extension de la couverture). Dans le cas d'espèce, des prestations pour survivants ne sont dues que si la couverture d`assurance subsistait encore au moment du décès de J. (art. 18, let. a, LPP).

J. n'a plus repris son travail après avoir obtenu de son employeur un après-midi libre, le 28 février 2002. L'art. 337d CO règle les conséquences du cas où le travailleur quitte abruptement son emploi sans indiquer de motifs d'empêchement.

Cette disposition suppose tacitement que le travailleur peut mettre immédiatement fin aux rapports de travail par un tel comportement. L'art. 337d CO ne trouve application que si le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de fournir sa prestation de travail.

En l'espèce, eu égard à ce qu'il était censé savoir des circonstances concrètes du cas particulier, l'employeur ne pouvait pas admettre de bonne foi que J. ne retournerait plus à sa place de travail. A défaut de déclaration explicite ou d'indices clairs d'une résiliation immédiate par le travailleur dès le départ, le contrat de travail ne prend fin selon l'art. 337d CO qu'une fois qu'on ne peut définitivement plus s'attendre à un retour à la place de travail en raison du temps écoulé. En l'espèce, on pouvait d'emblée exclure que J. avait la ferme intention de se suicider. Même après coup, il n'est apparu aucun nouvel indice sur les motifs de la disparition ni sur les faits concomitants de sorte que la résiliation immédiate a été déclarée non valable. Comme le rapport d'assurance subsistait ainsi encore au moment de l'événement assuré, l'institution de prévoyance était tenue de verser les prestations pour survivants aux ayants droit.

536 Placement de la fortune chez l'employeur qui est une banque : inadmissibilité du risque accru

(Référence à l'arrêt du TF du 4 janvier 2006 en la cause Caisse de pension de la Caisse d'épargne du district de Thoune ; 2A.181/2005 ; arrêt en allemand)

(Art. 48, al. 2, 65, al. 1, et 71, al. 1, LPP ; art. 50, 54, let. a, et 56 à 59 OPP 2)

Aux termes de l'art. 48, al. 2, LPP, toutes les institutions de prévoyance enregistrées doivent être organisées, financées et administrées conformément aux dispositions légales sur la prévoyance professionnelle. La loi prescrit expressément à ce sujet, en tant que principe, que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65, al. 1, LPP). Elles doivent administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités (art. 71, al. 1, LPP ; titre : « Administration de la fortune »). Comme cette disposition ne contient aucune délégation législative, il faut admettre que les principes qu'elle fixe pour l'administration de la fortune ont une valeur absolue et ne permettent aucune dérogation.

Les art. 49 à 60 OPP 2 concrétisent – conformément au contenu des directives du législateur – les principes fixés à l'art. 71, al. 1, LPP, dont celui de l'exigence de la sécurité des placements jouit de la première priorité. Ainsi, l'auteur de l'ordonnance a-t-il été expressément enjoint à réglementer la répartition des risques dans l'idée d'accorder une importance déterminante à la sécurité de la fortune ; il s'agit d'une part de veiller à une répartition judicieuse entre les catégories autorisées les plus importantes de placement (biens immobiliers, hypothèques, titres, autres valeurs) ; d'autre part, également à l'intérieur des diverses catégories de placement, il faut veiller à une certaine limitation par débiteur ou placement individuel. Le Conseil fédéral a suivi ces consignes et les a précisées à l'art. 50 OPP 2 (titre : « Sécurité et répartition du risque »).

L'employeur, soit la Caisse d'épargne du district de Thoune, auprès de laquelle il est incontesté que plus du 92 % de la fortune de la recourante était placée en 2000 et 2001, présente pour sa part des créances hypothécaires dépassant 80 % du total de son bilan.

La forte concentration du placement de la fortune de la recourante sur un seul débiteur dont les affaires se résument pour l'essentiel (unilatéralement) à une activité dans le marché immobilier régional d'habitations va clairement à l'encontre du principe de la répartition appropriée du risque dans le placement de la fortune tel que l'a inscrit le législateur à l'art. 71, al. 1, LPP. En particulier, cette concentration ne correspond pas à l'exigence de la diversification dans les catégories les plus importantes de placement (c'est-à-dire : biens immobiliers, hypothèques, titres et autres valeurs) ; en outre, le placement manque de diversification en matière de régions et de secteurs économiques (art. 50, al. 3, OPP 2). Même l'application de stratégies de placement avec une gestion appropriée des actifs et des passifs (*Asset/Liability-Management*), quelle que soit la forme de celle-ci, ne libère aucunement du respect des prescriptions légales et du principe de la diversification selon les catégories de placement en particulier. L'art. 59 OPP 2 (« Extension des possibilités de placement ») invoqué par la recourante réserve également expressément le respect de l'art. 50 OPP 2. Le fait que la recourante et sa politique de placement aient connu manifestement de bons résultats dans le passé (prétendument meilleurs que ceux de diverses autres caisses respectant les prescriptions sur le placement de la fortune) et qu'il n'y ait eu jusqu'ici aucune mise en danger concrète des placements n'y change rien non plus. Son opinion selon laquelle l'autorité de surveillance n'aurait le droit d'intervenir que lorsque le placement des capitaux de l'institution de prévoyance serait « mis en péril avec une forte probabilité » ne trouve aucun fondement dans la loi. Le renvoi de la recourante à l'art. 56 OPP 2 (« Placements collectifs ») ne lui sert à rien car la Caisse d'épargne du district de Thoune ne pratique pas de placements collectifs au sens de cette disposition. Du reste, de tels placements sont également soumis au principe de la diversification appropriée.

La recourante souhaiterait justifier l'admissibilité de sa politique de placement par le fait qu'étant une banque, la Caisse d'épargne du district de Thoune ne serait pas soumise aux limites des placements au sens de l'art. 54, let. a, OPP 2. Elle méconnaît toutefois le fait qu'avec son titre « Limites des placements », cette disposition ne concerne que la restriction à l'intérieur des diverses catégories de placement. Cela ne change cependant en rien le fait que la globalité des placements de la fortune doit toujours respecter le principe de la diversification. On ne saurait dès lors affirmer que le Conseil fédéral, avec l'art. 54, let. a, OPP 2, ait été prêt à accepter un risque accru (du placement global de la fortune) chez les banques.

L'argument de la recourante selon lequel la limitation des placements sans garantie chez l'employeur (art. 57, al. 2, OPP 2 - dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2004) à 20 % (depuis le 1er avril à seulement 5 % encore) serait inapplicable lorsque l'employeur est une banque ne tient pas car l'art. 54, let. a, OPP 2 n'a pas la priorité sur ce point.

A vrai dire, la recourante souhaiterait déduire des art. 57 et 58 OPP 2 (« Placements chez l'employeur ») que les placements avec garantie chez l'employeur ne seraient soumis à aucune limitation. Comme ses prétentions à l'égard de la Caisse d'épargne du district de Thoune en tant qu'employeur seraient assorties de sûretés, la sécurité des placements serait garantie. Cependant, on ne saurait suivre un tel raisonnement car,

également à la lumière de cette disposition, les placements licites en eux-mêmes doivent satisfaire au principe de la diversification (voir ATF 122 IV 279 cons. 2b). En l'espèce, les sûretés font en fait partie de la même catégorie de biens d'investissement qui forment également la base de l'activité commerciale de l'employeur en tant que banque hypothécaire régionale, soit des immeubles d'habitation dans la région de Thoune. Ainsi le risque accru illicite subsiste malgré l'existence de sûretés réelles.

Le fait que la créance de la recourante à l'égard de l'employeur serait privilégiée en cas de faillite de ce dernier (voir ATF 129 III 468) ne change rien à ce résultat.

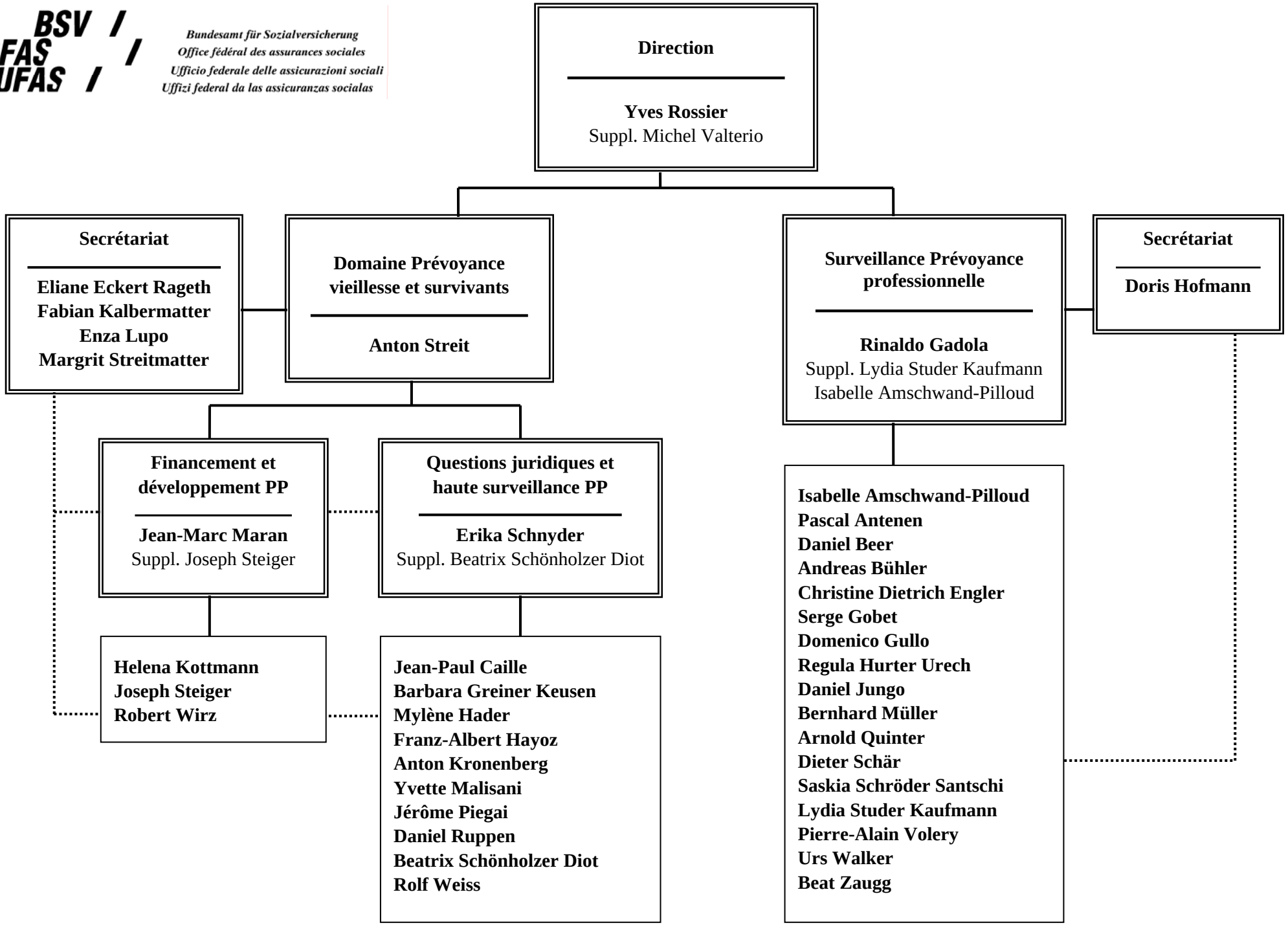
Annexe

Organigramme

.

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas



Prévoyance vieillesse et survivants

Effingerstrasse 20, 3003 Berne
Tél. 031 324 06 11
Fax 031 324 06 83
http://www.ofas.admin.ch

BULLETIN DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE NO 92

du 28 avril 2006

EDITION SPÉCIALE

537 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

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

BSV / OFAS / UFAS /

Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

06.081

537 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales examine chaque année, selon l'art. 44c OPP 2, la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. Comme l'année dernière, il réalisera une enquête auprès des autorités de surveillance, qui ne portera toutefois que sur la situation des institutions de prévoyance présentant un découvert.

Cette enquête auprès des autorités de surveillance étant en principe exhaustive – toutes les institutions de prévoyance présentant un découvert sont prises en compte –, ses résultats ne seront connus que vers la fin de l'année. Mais toutes les parties concernées, comme les associations, les milieux politiques et économiques, et les autorités impliquées, souhaitent pouvoir évaluer la situation financière des institutions de prévoyance plus tôt dans l'année.

C'est pourquoi, comme l'année dernière, l'OFAS recommande de participer à l'enquête ci-jointe. Il s'agit du « Risk Check Up » réalisé chaque année par AWP Sécurité sociale, en collaboration avec la société Complementa Investment-Controlling SA. Cette analyse, fondée sur un relevé et des calculs standardisés, permet d'évaluer la capacité de risque des institutions qui fournissent des données. Les actifs et passifs sont analysés à la date du 31 décembre 2005, l'examen portant sur l'adéquation entre la structure de la fortune, ou le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles.

L'enquête sera d'autant plus représentative que les institutions participantes seront nombreuses. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration, afin que l'échantillon soit aussi représentatif que possible.

Vous pouvez également remplir le questionnaire sur ordinateur, en même temps que l'enquête de Swissca (un seul questionnaire). Des indications plus précises figurent le site suivant : www.swisscanto-pk-studie.ch

Nous voudrions également remercier toutes les institutions de prévoyance qui ont déjà participé à cette enquête l'année dernière. Nous espérons que vous serez encore plus nombreux à fournir des informations cette année.

L'évaluation des résultats globaux sera adressée à tous les participants.

Les institutions participantes ont par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur propre situation. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par AWP Sécurité sociale.

Le questionnaire d'AWP ci-joint permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

Sécurité sociale

AWP

«Risk Check Up» pour caisses de pensions

Madame, Monsieur,

Le développement réjouissant de la performance génère des problèmes de communication: Comment le conseil de fondation explique-t-il à ses destinataires que la constitution de provisions techniques et de réserves pour fluctuations de valeur a la priorité sur les améliorations de prestations?

Une vue d'ensemble de la situation financière réelle est donc plus que jamais nécessaire. **L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) recommande de prendre part au «Risk Check Up»,** car ce sondage fournit une contribution essentielle à l'**information du Conseil fédéral, du Parlement et du public.**

Nous vous saurions dès lors gré de bien vouloir remplir le bref questionnaire. Au cas où vous auriez déjà complété celui de Swisscanto, vous serez automatiquement intégrés à notre sondage (cf. dernière page).

En répondant aux questions posées, vous profitez également en qualité de membre responsable d'un conseil de fondation. En effet, «lors du placement de la fortune», vous devez «veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance», comme le stipule l'**art. 50 OPP 2**. Partant, il est dans votre intérêt de **tester périodiquement la tolérance aux risques de votre caisse de pensions.** Le «Risk Check Up» vous fournit à cette fin un instrument approprié.

En coopération avec Complementa Investment-Controlling AG et l'Université de Saint-Gall, nous avons procédé, au cours des onze ans passés, à plus de 3'000 **évaluations individuelles** de la tolérance aux risques. Les actifs et les passifs font l'objet d'une analyse à une date de référence déterminée. L'examen porte sur la question de savoir si la composition actuelle du patrimoine et son potentiel de risques correspondent aux réserves existantes et si des **réserves de fluctuation suffisantes** sont disponibles. Vous apprenez également si votre caisse court le risque d'accuser un découvert et combien de temps il lui faudrait, le cas échéant, pour rétablir l'équilibre financier.

La participation au «Risk Check Up» est gratuite. L'évaluation des résultats globaux est adressée à tous les participants. Les *abonnés* d'AWP Sécurité sociale reçoivent en outre, gratuitement, une **évaluation succincte spécifique à leur caisse.** Les *non-abonnés* la reçoivent également en souscrivant à un abonnement à titre de dédommagement pour la sauvegarde de la protection des données (cf. dernière page).

Nous vous prions de bien vouloir envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2006 au plus tard** à l'adresse suivante:

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

AWP garantit la protection de vos données dans le cadre du secret de rédaction. Celles-ci seront codées et demeurent anonymes pour l'évaluation. En outre, l'**obligation de garder le secret** est, dans tous les cas, respectée en conformité avec l'art. 86 LPP. Toutes les données sont utilisées exclusivement à des fins d'examen; elles ne sont pas transmises à des tiers.

Par le biais du périodique *AWP Sécurité sociale*, nous vous maintenons informés des actualités. En outre, nous organisons, selon la situation et les besoins, des séminaires de perfectionnement afin de vous simplifier la pratique.

Dans votre intérêt comme dans celui de l'ensemble des caisses de pensions, nous souhaitons par conséquent vous inviter à prendre part au «Risk Check Up». D'avance, nous vous remercions, également au nom de l'OFAS, de votre concours.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos meilleures salutations.

AWP Sécurité sociale
Dr. Werner C. Hug
Complementa Investment-Controlling AG
Dr. Benjamin Brandenberger

1. Bilan au _____

Code

1.1 Actif

		Valeurs sur le marché (seulement francs entiers)
Placements directs		
1101	Liquidités et placement à court terme (dépôts à terme inclus) auprès de banques, de la poste et de compagnies d'assurance	.....
1120	Débiteurs, avoirs et prêts	.....
Placements auprès de l'employeur		
1103	Créances	.....
1104	Participation, action de l'employeur	.....
Obligations et bons de caisse		
1105	Débiteurs suisses	.....
1106	Débiteurs étrangers en francs	.....
1107	en monnaies étrangères	.....
1108	Emprunts convertibles et à options	.....
Hypothèques		
1109	sur biens-fonds suisse	.....
1110	sur biens-fonds étrangers	.....
Actions et bons de participation		
1111	Suisse * sans Private Equity et Hedge Funds	.....
1112	Etranger	.....
Bien-fonds, immeubles		
1113	Suisse	.....
1114	Etranger	.....
Placement alternatifs		
1115	Private Equity	.....
1116	Hedge Funds	.....
1121	Commodities	.....
1117	Divers (par ex. Métaux précieux et autres)	.....
Placement indirects		
1118	Prétentions, parts et participations dans des fondations et des fonds de placement, ainsi que dans des sociétés immobilières	.....
Compte de régularisation actif		
1122	Compte de régularisation actif	.....
Actifs provenant de contrats d'assurance		
1123	Actifs provenant de contrats d'assurance	.....
1119	**Total actif**	

Répartition de la position 1118

105	.....
106	.....
107	.....
108	.....
109	.....
110	.....
111	.....
112	.....
113	.....
114	.....
115	.....
116	.....
121	.....
117	.....

Mixte (placements OPP 2)

118	.....

1.2 Passif

1218	Dettes	.....
	218.1 Prestations de libre passage et rentres	
	218.2 Banques / Assurances	
	218.3 Autre dettes	
1219	Compte de régularisation passif	.....
1214	Réserve de contributions de l'employeur	.....
	214.1 - sans renonciation à l'utilisation	
	214.2 - assortie d'une renonciation à l'utilisation	
1213	Provisions non techniques	.....
1215	Capitaux de prévoyance et provisions techniques	.....
	215.1 Capital de prévoyance assurés actifs**	
	215.2 Capital de prévoyance retraités	
	215.4 Passifs résultant de contrats d'assurance	
	215.3 Provisions techniques	
1220	Réserves de fluctuation de valeurs	.....
1216	Capital de la fondation, fonds libres / Découvert	.....
1217	**Total passif (=position 1119)**	

Répartition de la position 1218

218.1	.....
218.2	.....
218.3	.....

Répartition de la position 1214

214.1	.....
214.2	.....

Répartition de la position 1215

215.1	.....
215.2	.....
215.4	.....
215.3	.....

**dont min. légal estimé (part engagements LPP). Rep. pos. 215.1

.....

2. Quel était le montant de la performance, pondérée dans le temps, sur le capital investi en moyenne (patrimoine total)?

Performance en %

2000	.....	2003	.....
2001	.....	2004	.....
2002	.....	2005	.....

3. A quelle performance votre caisse aspire-t-elle à long terme? .....% par an

4. Quelle est la forme de primauté de vos rentes de vieillesse? (veuillez indiquer d'une croix ce qui convient)

❒ Primauté des prestations

❒ Primauté des cotisations

Taux d'intérêt technique: .....%

Intérêt minimum réglementaire des avoirs de vieillesse: .....%

Taux d'intérêt technique du capital de couverture des rentiers: .....%

5. Quel était, en 2005, le volume des cotisations annuelles que votre caisse de pensions a pu percevoir?

Fr. .....

6. Quel était, en 2005, le volume des paiements de rentes et des prestations de capital annuels que votre caisse de pensions a dû verser?

❒ Rentes Fr. ..... ❒ Capital Fr. .....

7. Quel était, en 2005, le montant des prestations de libre passage annuelles de votre caisse de pensions?

a) Paiements (entrants) de libre passage Fr. .....

b) Versement (sortants) de libre passage Fr. .....

8. Quel était, à fin 2004 (année précédente), le montant du capital lié (position 1215)?

Fr. .....

9. Y a-t-il eu, au cours de l'exercice commercial 2005, des modifications extraordinaires dans le capital lié (par ex. distribution de fonds libres, retraites anticipées extraordinaires, etc.)?

❒ Oui ❒ Non

Si oui, Fr. .....

10. Nombre d'assurés au 31.12.2005: Personnes actives: .....
Bénéficiaires de rentes: .....

11. A quelle branche votre entreprise patronale appartient-elle? (selon recensement fédéral des entreprises)

.....

12. Enregistrement de votre institution de prévoyance selon l'art. 48 LPP? ❒ oui ❒ non

13. Pour les caisses de pensions de droit public : existe-t-il une garantie de l'Etat? ❒ oui ❒ non

(glisser dans l'enveloppe à fenêtre)

Code				

Nous vous saurions gré de bien vouloir nous retourner le questionnaire, rempli, **aussi rapidement que possible**, car nous souhaitons procéder à une évaluation préliminaire encore avant les vacances d'été.
Veuillez en tous les cas envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2006 au plus tard à:**

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

Pour toutes questions, veuillez vous adresser à Complementa Investment-Controlling AG:

Roberto Estevez
ou
Dr. Benjamin Brandenberger

Téléphone: 071 / 313 84 84
Fax: 071 / 313 84 86

- ❒ Nous sommes déjà ***abonnés*** *à AWP Sécurité sociale.* Nous recevons dès lors **gratuitement** l'évaluation succincte individuelle concernant notre caisse ainsi que l'analyse d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons une évaluation succincte individuelle de notre caisse, sous la sauvegarde de la protection des données, et souscrivons à un ***abonnement annuel*** *(Fr. 330.–, TVA incluse) pour AWP Sécurité sociale.* Le périodique publiera les résultats d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons uniquement le rapport gratuit concernant les résultats d'ensemble, et **renonçons** donc **à une évaluation individuelle de notre caisse**.
- ❒ Nous avons déjà rempli le **questionnaire de Swisscanto**. Le numéro enregistré est le suivant: .....

Merci d'indiquer d'une croix ce qui convient.

Adresse de la caisse de pensions participante:

.....

.....

.....

.....

Téléphone: .....

Fax: .....

Nom de la personne de contact à laquelle la réponse doit être adressée:

.....

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

11 juillet 2006

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93

Indications

538 Nouvelle affiliation auprès de l'institution supplétive LPP
Transfert de l'avoir de prévoyance / de fonds libres

Prises de position

539 Précision au sujet du bulletin No. 91 ch. 530
540 Précision au sujet du bulletin No. 88 ch. 511
541 Versement anticipé dans le cadre d'une copropriété et usufruit croisé

Jurisprudence

542 Divorce : partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage
543 Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce
544 Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud
545 Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser
546 Début de l'incapacité de travail : conséquences de l'absence de preuve ; frais de procédure lorsque plusieurs institutions de prévoyance participent à la procédure
547 Légitimation passive de l'institution de prévoyance dans la procédure visant à fixer le montant de la prestation de sortie lorsque le litige ne porte pas sur l'obligation de l'employeur relative aux décomptes mais sur la compensation de cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie
548 Imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel
549 Interprétation de la disposition de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (depuis le 1er janvier 2006 = art. 1j OPP 2) : « engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois »
550 La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

Indications

538 Nouvelle affiliation auprès de l’institution supplétive LPP Transfert de l’avoir de prévoyance / de fonds libres

La fondation institution supplétive LPP a informé l’OFAS que des avoirs de prévoyance lui ont souvent été transférés ces derniers temps alors que les fonds libres n’avaient pas encore été répartis. L’institution supplétive LPP rappelle qu’elle ne gère pas de comptes où peuvent être déposés des avoirs collectifs, mais uniquement des comptes personnels. C’est pourquoi elle répartit les fonds libres qui lui sont versés entre les comptes de vieillesse des assurés proportionnellement aux prestations de sortie ou aux capitaux de couverture. L’opération est effectuée sans que la caisse de pensions affiliée ou la commission administrative ne se soient préalablement prononcées à ce propos, parce que l’institution supplétive ne dispose pas d’organes paritaires au niveau de la caisse de pensions affiliée. Etant donné les tâches particulières de l’institution supplétive et l’obligation de contracter à laquelle elle est soumise, rien ne s’oppose à ce que la procédure soit simplifiée de cette manière.

L’OFAS tient à préciser les points suivants :
L’institution supplétive doit pouvoir partir du principe qu’elle peut répartir de la manière décrite les fonds qui lui sont versés. C’est ainsi l’institution de prévoyance qui a versé les fonds qui porte la responsabilité s’il s’avère après coup qu’une liquidation partielle aurait dû être effectuée avant l’affiliation à l’institution supplétive, par exemple parce que cette affiliation n’inclut pas toutes les personnes précédemment assurées ou parce que la commission administrative avait l’intention de procéder à une répartition. La règle s’applique aussi lorsque la commission administrative ne peut plus être convoquée, parce que dans ce cas le conseil de fondation la remplace et c’est lui qui doit prendre la décision concernant la répartition des fonds libres.

Nous recommandons par conséquent aux institutions de prévoyance d’établir soigneusement si les fonds libres peuvent effectivement êtres transférés à l’institution supplétive sans être répartis, pour que celle-ci puisse répartir ces fonds sur-le-champ selon la procédure décrite plus haut.

Prises de position

539 Précision au sujet du bulletin No. 91 ch. 530

Quels sont les salaires maximaux assurable et assuré dans la prévoyance surobligatoire, si le minimum LPP est déjà couvert par une caisse dite de «base» (dans une solution splittée, c.a.d. une IP de «base» pour la partie obligatoire et l’autre, «complémentaire», pour le surobligatoire) ?

(Art. 79c LPP)

La réponse donnée dans le cadre du point 530 de notre bulletin no 91 vaut sous la condition qu'une même composante de salaire n'est assurée que dans un seul plan d'assurance. Il est admissible d’assurer simultanément les mêmes composantes de salaire dans plusieurs institutions de prévoyance dans la mesure où le principe d’adéquation de l’art. 1a OPP 2 est respecté.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 93

540 Précision au sujet du bulletin No. 88 ch. 511

Questions sur l'application des nouvelles dispositions de la LPP concernant le rachat

Art. 79b, al. 3, 1ère phrase

2. *Lorsqu'il s'agit des prestations de vieillesse, quels sont les effets de l'interdiction sur les prestations résultant du rachat?*

a) Assuré effectuant un rachat plus de 3 ans avant l'âge terme réglementaire, par exemple, à 60 ans, et décidant ensuite de partir à la retraite anticipée à 61 ans.

La réponse donnée dans le cadre du point 511 de notre bulletin no 88 est valable seulement s'il ne s'agit pas d'une retraite complète, car un report du versement en capital n'est pas possible après la survenance du cas de prévoyance. L'art. 79b al. 3 LPP ne règle pas l'exigibilité des prestations mais seulement la forme sous laquelle elles sont versées. En cas de retraite partielle, il serait envisageable que le règlement prévoie un versement partiel en capital qui ne pourra pas dépasser l'avoir de vieillesse acquis avant le rachat.

541 Versement anticipé dans le cadre d'une copropriété et usufruit croisé

Le bulletin de la prévoyance professionnelle (BPP) no 55, du 30 novembre 2000, sous chiffre 329, a traité le problème de l'usufruit croisé dans le cadre du concubinage, à savoir que chaque concubin est propriétaire, à part égale, d'un logement et exerce un droit d'usufruit sur la part de l'autre. Cette opération est destinée avant tout à protéger le concubin survivant au décès de l'autre en lui donnant la possibilité, la vie durant, d'exercer un droit de jouissance sur l'ensemble du bien immobilier.

L'usufruit est une servitude qui confère à l'usufruitier un droit de possession, d'usage et de jouissance sur l'objet de l'usufruit. Il limite donc fortement pour l'un ou l'autre des concubins, voire pour leurs héritiers, la possibilité d'exercer leur droit de propriété sur une part. Une éventuelle vente de cette part serait compromise tant que dure cet usufruit. C'est la raison pour laquelle, la constitution d'un usufruit est considérée comme un «droit équivalant économiquement à une aliénation» au sens de l'article 30d, 1er alinéa, lettre b, LPP (cf également BPP no 32, p 10, ch. 1.5).

Dès lors, à plus forte raison, comme nous l'avons mentionné dans le BPP no 55, l'assuré ne peut exiger de son institution de prévoyance un versement anticipé sur une part de copropriété grevée d'un usufruit. C'est uniquement si le partenaire est désigné comme bénéficiaire par le règlement de prévoyance que le concubin pourrait exceptionnellement demander un versement anticipé sur une part de copropriété grevée d'un usufruit en faveur de sa partenaire.

Avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2005, du nouvel article 20a LPP ayant trait aux bénéficiaires dans le cadre de la 1ère révision LPP, le concubin n'était, en principe, pas considéré comme un bénéficiaire selon la loi. En vertu de la circulaire no 1a de l'administration fédérale des contributions adaptant l'AIFD à la LPP, pour avoir cette qualité, il fallait que le concubin ait été soutenu de manière substantielle durant les dernières années avant le décès du preneur d'assurance.

Le nouvel article 20a LPP, prévoit désormais l'octroi de prestations de prévoyance pour survivants en faveur des concubins aux conditions fixées par le règlement pour tenir compte de l'évolution sociale dans ce domaine. Il n'est plus nécessaire que le concubin décédé ait pourvu à l'entretien, conformément à la circulaire précitée, mais une communauté de vie ininterrompue d'au moins 5 ans immédiatement avant le décès suffit à le considérer comme un bénéficiaire. Cet assouplissement légal a également des répercussions dans le présent cas d'espèce.

Jurisprudence

542 Divorce : partage possible en cas de retraite anticipée après l'entrée en force de la décision de partage

(Référence à l'arrêt du TF du 16 février 2006, cause X. contre Dame X, 5C.118/2005 ; arrêt en français)

(Art. 122, 123, al. 2, et 124 CC, 25a LFLP)

Par jugement du 27 novembre 2003, le Tribunal de première instance du canton C. a prononcé le divorce des époux X., ordonné le partage par moitié des prestations de sortie des époux et transmis l'affaire au Tribunal cantonal de assurances. Le 19 janvier 2004, Dame X. a fait appel contre ce jugement en concluant à son annulation partielle et au versement par X. d'une certaine somme au titre de la liquidation du régime matrimonial et d'une contribution d'entretien mensuelle d'un certain montant. Par réponse du 10 mars 2004, X. a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance. La Cour de justice du canton C. a constaté, sur la base des pièces nouvelles produites par les parties, que X. (né en 1942) prendrait dès le 1er avril 2004 une retraite anticipée pour des raisons médicales et qu'il percevrait une rente d'invalidité de sa caisse de pensions. Ladite Cour s'est saisie de la question du partage de la prévoyance professionnelle, nonobstant l'absence de contestation du jugement de première instance à ce sujet. La Cour de justice a annulé le jugement de première instance en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial et fixé un nouveau montant à ce titre. En revanche, le jugement de première instance est resté inchangé en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. X. a recouru au TF contre l'arrêt de la Cour de justice en demandant à ce qu'aucune indemnité fondée sur l'art. 122 ou 124 CC ne soit accordée à Dame X. A titre subsidiaire, X. demande qu'il soit condamné à verser une indemnité symbolique selon l'art. 124 CC et demande le partage par moitié de la prestation de sortie acquise par Dame X. durant le mariage.

Selon le TF, le moment déterminant pour décider si un cas de prévoyance est survenu est la date de l'entrée en force du prononcé du divorce. Si, à ce moment-là, un cas de prévoyance futur est prévisible, le juge peut en tenir compte dans le cadre de l'art. 123, al. 2, CC. Mais la survenance d'un cas de prévoyance postérieurement à la décision de partage entrée en force ne peut entraîner une reconsidération de celle-ci. Il importe peu que l'institution de prévoyance - le cas échéant sans savoir que la prestation de sortie est soumise au partage selon l'art. 122 CC - ait déjà versé une rente calculée sur la base de la prestation de sortie non partagée. En l'occurrence, à la date de l'entrée en force du prononcé du divorce le 10 mars 2004, celui-ci n'avait pas encore pris de retraite anticipée. A cette date-là, aucun cas de prévoyance n'était survenu pour l'un ou l'autre des époux. Le Tribunal de première instance a ordonné le partage et sa décision est entrée en force à cette même date. Le fait que le demandeur ait été mis à la retraite anticipée pour des raisons médicales à compter du 1er avril 2004 - date à laquelle le montant des avoirs LPP à transférer n'avait pas encore été fixé par le Tribunal cantonal des assurances - ne peut donc avoir une incidence sur la décision de partage entrée en force. En définitive, le recours de X. s'avère mal fondé et l'affaire peut être transmise au juge des assurances compétent pour exécuter le partage (art. 25a, al. 1, LFLP).

543 Seconde prestation de sortie annoncée après l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à l'arrêt du TFA du 3 avril 2006, cause A. contre caisse de prévoyance X., B 108/04 ; arrêt en français)

(Art. 122, 142 CC, 22 LFLP)

Par jugement de divorce du 6 avril 2004, le Tribunal de première instance du canton C. a ordonné le partage par moitié de la prestation de sortie acquise durant le mariage par l'épouse B. assurée, en tant qu'employée de l'hôpital H., auprès de la caisse de prévoyance X., tandis que l'époux A. n'était affilié à aucune institution de prévoyance. Par jugement du 7 septembre 2004, le Tribunal cantonal

des assurances a invité la caisse X. à transférer du compte de B. un montant de 31'763 francs sur un compte de libre passage en faveur de A. L'époux A. a recouru contre le jugement du Tribunal des assurances en demandant le partage de la prestation de sortie acquise par l'épouse B. auprès de la caisse de prévoyance Z., alors qu'elle travaillait à l'hôpital Y. dans un autre canton. Selon la communication de Z. du 7 novembre 2005, B. a été affiliée à cette caisse jusqu'au 31 juillet 1995 et sa prestation de sortie s'élevait à 4'408 francs au moment du mariage et à 11'614 francs au 31 juillet 1995. Cette prestation de sortie a ensuite été versée sur un compte bloqué auprès de la banque W.

Le TFA constate tout d'abord que le jugement du Tribunal des assurances du 7 septembre 2004 est conforme au jugement de divorce du 6 avril 2004, lequel est muet sur la prestation de sortie de B. auprès de la caisse de prévoyance Z. Si le recourant A. entend demander le partage de la prestation de sortie acquise par B. durant le mariage auprès de la caisse Z., il doit s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification du jugement du 6 avril 2004. En effet, en l'absence de convention, le juge du divorce communique au juge compétent en vertu de la LFLP, la décision relative au partage, la date du mariage et celle du divorce, les institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont probablement des avoirs et le montant des avoirs des époux déclarés par ces institutions (art. 142, al. 2, CC). C'est donc au juge du divorce d'examiner à titre préjudiciel si l'époux dispose d'un droit à une prestation de sortie à l'encontre de son institution de prévoyance (ATF 130 III 299 consid. 3.3, 128 V 49 consid. 3b). Ce n'est pas au juge des assurances sociales de modifier sur ces points le jugement de divorce entré en force (RSAS 2004 p. 464 : arrêt S. du 2 février 2004, B 45/00).

544 Prévoyance professionnelle des prêtres catholiques dans le canton de Vaud

(Référence à l'arrêt du TFA du 13 avril 2006, cause A. contre CPEV et CPCL, B 92/05 ; arrêt en français)

A. a alterné, à plusieurs reprises, les fonctions de prêtre au service de l'Eglise catholique et d'enseignant pour l'Etat de Vaud. Durant ses périodes d'enseignement, A. a été affilié à la Caisse de pensions de l'Etat de Vaud (CPEV), où il est actuellement toujours assuré. Pendant la durée de ses fonctions ecclésiastiques, il avait été affilié à la Caisse de prévoyance du Clergé du Diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg (CPCL). Actuellement, A. n'exerce plus la fonction de prêtre mais travaille uniquement comme enseignant.

D'après l'art. 8 de la loi vaudoise sur l'exercice de la religion catholique dans le canton de Vaud (LERC), l'Etat de Vaud prend à sa charge des postes de prêtres, respectivement des postes de pasteurs proportionnellement au pourcentage de la population qui est catholique, respectivement protestante. Selon l'art. 11 al. 1 LERC, le traitement est versé aux prêtres désignés par la Fédération vaudoise des paroisses catholiques. Conformément aux règles imposées à tous les prêtres catholiques dans le canton de Vaud, A. a signé une cession de salaire en faveur de ladite fédération et l'Etat de Vaud a versé son traitement sur un compte au nom de la fédération. Cette dernière reversait ensuite une partie de ce salaire à A. Le salaire assuré par la CPCL est le même pour toutes les personnes affiliées (30'000 fr. en 1986, 36'000 fr. dès 1999 puis 39'000 fr. à partir de 2002).

A titre principal, A. conclut qu'il doit être affilié à la CPEV de manière ininterrompue dès le 1er janvier 1985. Il considère que l'Etat de Vaud était son employeur durant les périodes où il a exercé son ministère de prêtre catholique, étant donné que son salaire et les cotisations AVS étaient versés par l'Etat de Vaud.

A titre subsidiaire, A. conclut au versement d'une prestation de sortie de la part de la CPCL d'un montant plus élevé que celui qui a été effectivement transféré à la CPEV. A. considère que le salaire assuré devrait correspondre à l'intégralité du traitement versé par l'Etat de Vaud à la Fédération, et pas seulement au montant que la Fédération reverse au prêtre à titre de salaire.

Le TFA a rejeté la demande dirigée contre la CPEV pour les raisons suivantes : les prêtres désignés par la Fédération ne sont pas soumis au Statut général des fonctions publiques cantonales (art. 11 al. 2 LERC). Selon la volonté du législateur vaudois lors de l'adoption de la LERC, l'Etat de Vaud ne devenait pas l'employeur des prêtres catholiques. Il était seulement prévu que l'Etat retiendrait les cotisations AVS sur les traitements versés en faveur des prêtres catholiques. En revanche, le législateur a laissé le soin à l'Eglise catholique de pourvoir à la création d'une caisse de pensions. Par ailleurs, comme le pasteur a un statut analogue aux employés de l'Etat et que l'Eglise évangélique réformée conserve ainsi des liens particulièrement étroits avec l'Etat de Vaud, une différence de traitement se justifie quant à l'affiliation des pasteurs à la CPEV par rapport aux membres d'autres communautés religieuses.

Le TFA a rejeté la demande contre la CPCL pour défaut de légitimation passive de celle-ci. Selon le TFA, il est certes exact que les salaires assurés par la CPCL ne prennent que partiellement en compte les traitements versés par l'Etat en faveur des prêtres catholiques et qu'ils sont inférieurs au salaire coordonné qui doit être assuré selon la LPP. Toutefois, le grief du recourant a trait à l'obligation, pour son employeur, de verser des cotisations à la prévoyance professionnelle sur une rémunération plus élevée que les salaires déclarés. En réalité, ce dont se plaint le recourant, c'est d'une violation par son employeur de ses obligations découlant de l'art. 66 LPP. Or, une telle demande du salarié doit être dirigée contre l'employeur, qui est le seul à avoir la légitimation passive, et ce indépendamment du point de savoir si la rupture des rapports de travail donne lieu à des prestations d'assurance ou au versement d'une prestation de sortie (ATF 129 V 320).

545 Paiement en espèces de la prestation de libre passage sans l'accord du conjoint avant un divorce ; montant des dommages-intérêts à verser

(Référence à l'arrêt du TFA du 20 mars 2006 en la cause A-Compagnie d'assurance-vie contre S. ; B 126/04 ; arrêt en allemand)

(Art. 97, al. 1, CO, art. 5, al. 2, et 22 ss LFLP, art. 122, al. 1, et 142 CC)

G. et S. ont divorcé le 31 mai 1999. Au début de septembre 1995, G. avait résilié deux polices de libre passage sans le consentement de son épouse S.

Le législateur n'a pas réglé expressément les conséquences d'un paiement en espèces intervenu sans le consentement du conjoint. L'art. 5, al. 2, LFLP prévoit simplement que si l'assuré est marié, le paiement en espèces « ne peut » intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint.

Avec la résiliation des deux polices de libre passage et le paiement en espèces au début de septembre 1995 à l'ex-époux de S. sans le consentement de cette dernière, la compagnie d'assurance A. n'a pas versé correctement la prestation de sortie. Basées sur un contrat de prévoyance de droit privé dans le cadre du pilier 2b, les deux polices de libre passage doivent, du point de vue de la dogmatique juridique, être qualifiés de contrats innommés (ATF 129 III 307 avec renvoi aux ATF 118 V 232 cons. 4b et ATF 122 V 145 cons. 4b). En cas d'exécution imparfaite d'un tel contrat de prévoyance, il s'agit, comme l'a jugé le Tribunal fédéral des assurances dans l'ATF 130 V 103, de faire application des règles fixées dans les art. 97 ss CO. Une institution de prévoyance professionnelle doit ainsi, selon l'art. 97, al. 1, CO, réparer le dommage causé du fait de son paiement irrégulier en espèces, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute, ni même une négligence légère, ne lui est imputable. La question de savoir si une institution de prévoyance professionnelle peut se voir reprocher une violation de son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas vérifié la signature (falsifiée) ou d'autres indications figurant sur le formulaire de paiement, doit être appréciée sur la base des circonstances concrètes du cas particulier.

Le paiement a eu lieu pendant le mariage sans le consentement correspondant de l'autre conjoint, de sorte qu'il n'était pas admissible à la lumière de l'art. 5, al. 2, LFLP et qu'il constituait, dans les circonstances du cas d'espèce, une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance profession-

nelle. Le divorce intervenu après le paiement en espèces ne change rien à ce caractère inadmissible, parce que le juge du divorce a expressément ordonné le partage de l'avoir de prévoyance. Il s'ensuit que même s'il avait eu lieu après le divorce, le paiement en espèces serait demeuré inadmissible à concurrence du partage par moitié ordonné par le juge du divorce, d'autant plus qu'en l'espèce, le risque d'un paiement en espèces entre l'entrée en force du divorce et le règlement du litige sur les effets accessoires du divorce aurait été empêché par une mesure provisoire selon l'art. 137, al. 2, CC.

Est en outre litigieux le montant des dommages-intérêts à fournir par la compagnie A. Il s'agit de partir du principe de l'art. 122, al. 1, CC, selon lequel chaque conjoint a droit, en cas de divorce, à la moitié de la prestation de sortie du conjoint calculée selon les art. 22 ss LFLP pour la durée du mariage et que le partage des prestations de sortie est intervenu dans la procédure de l'art. 142 CC sans la participation de l'institution de prévoyance professionnelle. Pour ce dernier motif déjà, le jugement du juge du divorce ne lie pas la compagnie A. à l'exception de la clé de répartition (ATF 130 III 341 cons. 2.5, 128 V 46 cons. 2c, chacun avec les références citées). Le jugement de divorce a ordonné le partage par moitié de trois avoirs de libre passage payés en espèces pendant le mariage. Cette injonction ne déploie en outre des effets que si le tribunal des assurances constate une violation du devoir de diligence de l'institution de prévoyance professionnelle et la condamne à verser des dommages-intérêts. Quant au montant des dommages-intérêts, il ne peut, de prime abord, se rapporter qu'aux sommes de prévoyance constituées pendant le mariage, mais pas aux droits acquis avant le mariage. La cause est donc renvoyée au tribunal cantonal pour qu'il détermine la part de l'avoir de prévoyance acquise auprès de la compagnie A. pendant le mariage et qu'il en attribue la moitié à S. Le montant à rembourser par l'époux sera réduit en conséquence.

546 Début de l'incapacité de travail : conséquences de l'absence de preuve ; frais de procédure lorsque plusieurs institutions de prévoyance participent à la procédure

(Référence à l'arrêt du TFA du 21 mars 2006 en la cause Fondation collective Nationale Suisse LPP contre B. et Fondation Winterthur-Columna de prévoyance professionnelle, Fondation collective LPP de la Zurich et Fondation institution supplétive LPP ; B 38/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 134 OJ)

B. a travaillé de 1996 à 1998 pour différents employeurs.
Le 16 décembre 2003, il a actionné quatre institutions de prévoyance en concluant à titre principal au versement par la Winterthur d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle et, à titre subsidiaire, au même versement soit par la Zurich, l'institution supplétive ou la Nationale.

Sur la base du dossier médical, l'instance inférieure a considéré que l'incapacité de travail, dont la cause a entraîné une invalidité donnant droit à une rente entière de l'assurance-invalidité dès le 1er octobre 1999, n'avait été établie selon une vraisemblance suffisante qu'à partir du 24 septembre 1998. En conséquence, elle a admis l'action dirigée contre la Nationale et condamné celle-ci à verser à B. dès le 1er septembre 1999 une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle sur la base d'un taux d'invalidité de 100 %, plus intérêts à 5 % pour les rentes dues jusqu'au 17 décembre 2003, et pour les rentes ultérieures dès leur échéance respective. L'instance inférieure a rejeté les actions dirigées contre les trois autres institutions de prévoyance.

Par la voie du recours de droit administratif, la Nationale demande l'annulation du jugement de l'instance inférieure ; elle conclut à titre subsidiaire à la condamnation d'une des trois autres institutions de prévoyance au versement d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle.

Le TFA en arrive à la conclusion qu'au vu des indications divergentes, parfois embrouillées et contradictoires, des médecins, le moment à partir duquel l'assuré est en incapacité de travail dans une mesure à prendre en compte en raison de son atteinte psychique ayant entraîné son invalidité n'est pas établi avec une vraisemblance suffisante, de sorte qu'on ne peut déterminer laquelle des institutions de prévoyance actionnées devant l'instance inférieure doit fournir des prestations d'invalidité. Pour

clarifier cette question, le tribunal cantonal, auquel la cause doit être renvoyée, procédera à des clarifications supplémentaires sur le plan psychiatrique. A cet effet, il demandera de manière adéquate une expertise psychiatrique. L'expert devra se prononcer sur l'apparition et l'évolution de la maladie psychique, sur son degré et sa durée. Pour pouvoir se faire une idée complète, il interrogera également si nécessaire les proches, les employeurs et les autres personnes de confiance de l'assuré. Sur la base des résultats de l'expert, l'instance inférieure rendra un nouveau jugement sur l'action introduite par l'assuré.

Si l'expert judiciaire ne parvient pas à se prononcer de manière concluante sur la question de savoir quand l'incapacité de travail a débuté, il s'agira d'admettre une absence de preuve au détriment de la Nationale qui voulait tirer des droits à partir de faits restés non prouvés, à savoir le fait que l'incapacité de travail significative aurait débuté antérieurement (ATF 131 V 482 cons. 6, 117 V 264 cons. 3b).

En dérogation à l'art. 134 OJ, la procédure introduite par la Nationale, dans laquelle s'opposent plusieurs institutions de prévoyance, est assortie de frais (ATF 127 V 106 et 110 cons. 6, 126 V 192 cons. 6), d'autant plus que l'assuré a renoncé à prendre position sur le recours de droit administratif. Les frais judiciaires doivent être mis à la charge des institutions de prévoyance qui succombent (art. 135 en corrélation avec l'art. 156, al. 1, OJ).

547 Légitimation passive de l'institution de prévoyance dans la procédure visant à fixer le montant de la prestation de sortie lorsque le litige ne porte pas sur l'obligation de l'employeur relative aux décomptes mais sur la compensation de cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie

(Référence à deux arrêts du TFA du 6 février 2006 en la cause P. et OFAS contre Caisse de pension Mobil ; B 65/05 et 67/05 ; arrêts en allemand)

Dans l'ATF 129 V 320, le Tribunal fédéral des assurances a procédé à un changement de jurisprudence selon lequel, en cas de griefs soulevés par la personne assurée au sujet de l'obligation de l'employeur relative aux décomptes (par exemple, non prise en compte du salaire total ou de certaines composantes du salaire), c'est l'employeur qui a exclusivement la légitimation passive ; en revanche, seule l'institution de prévoyance a la légitimation passive lorsque la personne assurée demande le versement concret d'une prestation ou lorsqu'elle considère comme insuffisant le montant de la prestation calculée sur la base des cotisations (incontestées).

Dans l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04, il s'agissait de salariés qui demandaient que des cotisations soient payées à l'institution de prévoyance également sur les bonus reçus, pour obtenir en fin de compte une prestation de sortie plus élevée. Comme préconisé dans l'arrêt précité, les recourants n'ont ainsi pas demandé directement une prestation de sortie plus élevée, mais se sont plaints du fait que leur employeur, de manière inadmissible, n'avait pas présenté à l'institution de prévoyance des décomptes comprenant des cotisations sur les bonus versés. Ainsi, le litige portait en premier lieu sur l'obligation relative aux décomptes et non pas sur le montant de la prestation de sortie, raison pour laquelle, en vertu de l'ATF 129 V 320, c'était l'employeur qui avait exclusivement la légitimation passive, et non pas l'institution de prévoyance. Rien d'autre ne peut être tiré de l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04.

Dans son action du 28 juin 2002, le recourant demande que son employeur présente des décomptes de cotisations en sa faveur à la caisse de pension. Après la faillite de cet employeur, puis sa radiation du registre du commerce, le recourant a modifié ses conclusions dans le sens qu'il a réclamé à la caisse de pension, déjà mise en cause par l'action du 28 juin 2002, le versement de la prestation de libre passage lui revenant. Ainsi, il ne se plaint plus de la violation de l'obligation de son ancien employeur de fournir des décomptes, mais exige de la caisse de pension la prestation de sortie qu'elle a calculée plus les intérêts. La légitimation passive de la caisse de pension doit ainsi être reconnue contrairement aux considérants de l'instance inférieure basés sur l'ATF 129 V 320 et sur l'arrêt A. et B. du 9 novembre 2004, B 45 et 46/04. Dès lors, il s'agit d'annuler le jugement cantonal et de renvoyer

la cause à l'instance inférieure pour que celle-ci, après avoir procédé aux clarifications éventuellement nécessaires, rende un nouveau jugement, dans le cadre de la jurisprudence (ATF 128 V 224), sur le montant de la prestation de sortie ainsi que sur l'admissibilité de la compensation, par la caisse de pension, des cotisations impayées de l'employeur avec la prestation de sortie.

548 Imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel

(Référence à l'arrêt du TF du 17 janvier 2006 en la cause X. contre Y., société d'assurances; 4C.277/2005; arrêt en allemand)

(Art. 51, al. 2, CO)

En 1990, A. est entré en collision avec sa voiture dans l'arrière de celle conduite par X., qui a subi une distorsion de la colonne cervicale entraînant une incapacité de gain de 100 % et une incapacité de travail de 50 % dans le ménage.

Les points suivants sont controversés: l'imputation de la rente d'invalidité LPP à la perte de gain du droit de la responsabilité civile, la position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire, le calcul du préjudice ménager et de son augmentation en salaire réel. Ni le calcul de la prestation ni le type de position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire ne sont déterminants pour savoir si les prestations LPP sont concordantes ou non. En l'espèce, la position de l'institution de prévoyance dans l'action récursoire se détermine selon l'ancien droit car l'accident s'est produit avant le 1er janvier 2005 (dès le 1er janvier 2005, nouvel art. 34b LPP). Peu importe que l'institution de prévoyance ne prévoie pas d'obligation de cession dans ses statuts. Le recours de l'institution de prévoyance est soumis à l'art. 51, al. 2, CO. Il n'y a pas lieu de trancher la question de savoir si le recours de l'institution de prévoyance est admissible à l'encontre d'une personne dont la responsabilité civile est causale; en effet, en l'espèce, A. répond pour faute. Ainsi, les prétentions récursoires de l'institution de prévoyance entrent en ligne de compte (sans cession) pour les prestations aussi bien passées que futures. Une fois de plus, le préjudice ménager doit être déterminé de façon normative selon les tableaux de l'ESPA. Il s'agit, ce faisant, de rejeter l'opinion de l'instance inférieure qu'une augmentation du salaire réel ne doit être prise en compte que jusqu'à l'âge de 50 ans sous prétexte qu'ensuite, le revenu n'augmente pas de manière significative. Ce phénomène statistique est notamment dû à des mises à la retraite anticipée conditionnées par une invalidité et ne saurait être pris en considération pour les préjudices ménagers. En capitalisant correctement le préjudice ménager à l'aide des tableaux d'activité et en ne tenant pas compte d'une augmentation de salaire réel depuis l'âge de 50 ans, l'instance inférieure a doublement pris en considération la probabilité de devenir invalide, ce qui revient à un exercice incorrect de son pouvoir d'appréciation dans la détermination du dommage. On peut également tenir compte de l'augmentation du salaire réel de 1 % en retenant un taux d'intérêt de capitalisation de 2,5 % et non de 3,5 %.

549 Interprétation de la disposition de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 (depuis le 1er janvier 2006 = art. 1j OPP 2) : « engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois »

(Référence à deux arrêts du TFA du 21 avril 2006 en la cause OFAS et K. contre entreprise L. ; B 105/05 et B 108/05 ; arrêts en allemand)

(Art. 66, al. 2, LPP, art. 1, al. 1, let. b [dès le 1er janvier 2006 = art. 1j], et 10 OPP 2)

L'employeur L. avait refusé d'annoncer la salariée K. auprès de son institution de prévoyance et de verser les cotisations de prévoyance, raison pour laquelle l'instance inférieure a reconnu à juste titre sa légitimation passive (art. 66, al. 3, LPP et art. 10 OPP 2).

Il ressort de manière incontestée du dossier que K. a été employée par l'entreprise L. du 26 février au 1er juin 2001. Mais la question litigieuse est de savoir si l'employeur de cette époque aurait eu l'obligation d'annoncer et d'assurer K. auprès de son institution de prévoyance. L'entreprise L. avait refusé de procéder à une inscription auprès de son institution de prévoyance en se référant à l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 pour le motif que les rapports de travail avaient été convenus pour une durée limitée arrondie à trois mois, la première semaine de mars 2001 ayant été « comblée » par les trois derniers jours ouvrables du mois de février 2001 (lundi 26 février à mercredi 28 février 2001) et la dernière semaine de mai (durant jusqu'au jeudi 31 mai 2001) par le premier jour ouvrable du mois de juin 2001 (vendredi 1er juin 2001).

La loi doit en premier lieu être interprétée selon sa lettre. Si le texte n'est pas tout à fait clair et permet diverses interprétations, il faut chercher selon sa portée en tenant compte de tous les éléments d'interprétation, notamment du sens et du but ainsi que de la systématique servant de base au texte. Le sens à attribuer à une norme dans son contexte est également important. Il n'est admissible qu'exceptionnellement de déroger à une teneur claire, c'est-à-dire sans ambiguïté et sans équivoque, soit lorsque des motifs pertinents permettent de conclure que la lettre de la disposition ne restitue pas son sens véritable.

L'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 ne soumet pas à l'assurance obligatoire les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois. La teneur de cette disposition concorde dans les trois langues officielles et est claire, c'est-à-dire qu'elle ne présente aucune ambiguïté ni aucune équivoque. Une dérogation exceptionnelle ne serait – comme exposé ci-avant – admissible que si des motifs pertinents permettaient de conclure que la teneur ne restitue pas le sens véritable de la disposition. Tel n'est pas le cas. La réglementation de l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 a été édictée avant tout pour décharger l'institution de prévoyance sur le plan administratif. On ne saurait ainsi en aucun cas lui faire dire que l'inscription de salariés engagés pour une durée limitée arrondie à trois mois serait laissée au bon vouloir de l'employeur mais il s'agit uniquement de décharger les institutions de prévoyance des cas d'entrées et de sorties successives à court terme de ses assurés. La limite de ce court terme a ainsi été fixée à trois mois au plus, ce qui, comme toute limite claire, a toujours pour effet qu'il y ait des cas qui se situent très peu au-delà de la limite mais qui ne justifient pas un traitement d'exception.

Comme l'engagement de K. du 26 février au 1er juin 2001 a clairement dépassé la limite de trois mois au plus, point n'était besoin de clarifier plus avant la question de savoir s'il s'agissait d'un contrat de travail de durée limitée (de durée de plus de trois mois) ou de rapports de travail de durée non limitée ayant pris fin lors de la survenance de l'incapacité de travail. Dans les deux cas en effet, l'art. 1, al. 1, let. b, OPP 2 n'est pas applicable, ce qui a pour conséquence que l'employeur doit assurer après coup la travailleuse pour la période du 26 février au 1er juin 2001 auprès de son institution de prévoyance et verser les cotisations correspondantes.

550 La prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée pour le moment de l'entrée en force du jugement de divorce

(Référence à deux arrêts du TFA du 28 mars 2006 en la cause X. et Y. contre Publica ; B 16/05 et B 17/05 ; arrêts en allemand)

(Art. 122 CC, art. 22 LFLP)

Selon la définition légale, la période déterminante pour le partage de la prestation de sortie est celle de la durée du mariage. La loi fixe ainsi les valeurs de référence. Le mariage commence au jour de sa conclusion et se termine avec sa dissolution par le jugement de divorce. Or, le moment déterminant du divorce n'est pas la date du jugement de divorce, mais, conformément à l'art. 122 CC et à l'art. 22 LFLP pour la fin du mariage, celle de l'entrée en force formelle de ce jugement.

Il n’est toutefois pas exclu que, dans une convention ou une transaction judiciaire, les parties déclarent comme déterminante une date antérieure à celle de l’entrée en force du jugement de divorce pour permettre un calcul dans la procédure de divorce.

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

28 septembre 2006

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 94

Indications

551 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2007

552 Le taux d'intérêt minimal reste à 2,5 %

553 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'année 2007

Jurisprudence

554 Compensation de prétentions en rentes par une créance en dommages-intérêts

555 Taux d'intérêt nul dans la prévoyance professionnelle surobligatoire / Interprétation du règlement

556 Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide

557 Réduction de la rente de survivant de l'ex-épouse

558 Pas de suspension de la procédure devant le Tribunal des assurances en relation avec une procédure pénale

559 Défaut de participation de l'institution de prévoyance dans la procédure de l'assurance-invalidité - force contraignante des art. 23 et suivants LPP lorsque l'IP se fonde tout de même sur la décision de l'AI pour le calcul de ses prestations

560 L'art. 65, al. 1, LPP est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires

Annexe

Tabelle pour le calcul du montant maximal du 3e pilier a (selon les art. 60a, al. 2, OPP 2 et 7, al. 1, let. a, OPP 3) en fonction de l'année de naissance

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

Indications

551 Montants-limites valables dès le 1er janvier 2007

(art. 2, 7, 8, 46 et 56 LPP; art. 7 OPP3, art. 3 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle de personnes au chômage)

Le 22 septembre 2006, le Conseil fédéral a décidé d'adopter les montants-limites de la prévoyance professionnelle. La modification des articles 3a et 5 OPP 2 entrera en vigueur le 1er janvier 2007. La déduction de coordination passera de 22'575 à 23'205 francs. Le seuil d'entrée pour l'assurance obligatoire (salaire annuel minimal), qui correspond aux ¾ de la rente de vieillesse maximale de l'AVS, augmentera à 19'890 francs. La déduction fiscale maximale autorisée dans le cadre de la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) est aussi augmentée. Ces modifications sont effectuées parallèlement à l'augmentation de la rente de vieillesse minimale de l'AVS.

Les montants-limites servent à fixer la limite minimale de salaire quant à l'assujettissement au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, les limites inférieure et supérieure du salaire assuré ("salaire coordonné") ainsi que le salaire coordonné minimum.

Le Conseil fédéral a, en vertu de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), la compétence d'adapter ces montants-limites aux augmentations de la rente minimale de vieillesse de l'AVS. Etant donné qu'à partir du 1er janvier 2007 cette dernière passera de 1'075 à **1'105** francs, les montants-limites de la prévoyance professionnelle devront être adaptés en conséquence. Pour assurer une bonne coordination entre le premier et le deuxième pilier, l'entrée en vigueur de l'adaptation a été fixée au 1er janvier 2007 également.

Les montants-limites sont fixés de la manière suivante:

Pour la prévoyance professionnelle obligatoire

	montants actuels	**nouveaux montants**
- Salaire annuel minimal	**19'350 fr.**	**19'890 fr.**
- Déduction de coordination	**22'575 fr.**	**23'205 fr.**
- Limite supérieure du salaire annuel	**77'400 fr.**	**79'560 fr.**
- Salaire coordonné maximal	**54'825 fr.**	**56'355 fr.**
- Salaire coordonné minimal	**3'225 fr.**	**3'315 fr.**

Pour la prévoyance individuelle liée du pilier 3a

Déduction fiscale maximale autorisée pour les cotisations aux formes reconnues de prévoyance:

	montants actuels	**nouveaux montants**
- avec affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier	**6'192 fr.**	**6'365 fr.**
- sans affiliation à une institution de prévoyance du deuxième pilier	**30'960 fr.**	**31'824 fr.**

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 94

Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage

L'assurance chômage se base sur un régime d'indemnités journalières. Pour cette raison, les montants-limites prévus pour les chômeurs obligatoirement soumis au 2e pilier seront convertis en montants journaliers.

	montants actuels	**nouveaux montants**
- Salaire journalier minimal	**74.30 fr.**	**76.40 fr.**
- Déduction de coordination journalière	**86.70 fr.**	**89.10 fr.**
- Limite supérieure du salaire journalier	**297.25 fr.**	**305.55 fr.**
- Salaire journalier assuré maximal	**210.55 fr.**	**216.40 fr.**
- Salaire journalier assuré minimal	**12.40 fr.**	**12.75 fr.**

Prestations assurées par le fonds de garantie

Le fonds de garantie assure également les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Mais cette garantie visée par la LPP couvre au plus les prestations calculées sur la base d'un salaire déterminant AVS qui ne doit toutefois pas dépasser une fois et demie la limite supérieure du salaire annuel fixée à 77'400 francs.

	montant actuel	**nouveau montant**
- Limite du salaire maximal	**116'100 fr.**	**119'340 fr.**

552 Le taux d'intérêt minimal reste à 2,5 %

Le 13 septembre 2006, le Conseil fédéral a décidé de laisser le taux d'intérêt minimal dans la prévoyance professionnelle à son niveau actuel de 2,5 %. Cette décision tient compte des résultats négatifs des placements au cours du 1er semestre 2006, qui relativisent les bons résultats de 2005 : le taux minimal devrait en effet pouvoir être réalisé (en moyenne sur plusieurs années) par toutes les institutions de prévoyance. La Commission fédérale LPP aussi avait recommandé, à une nette majorité, le maintien du taux d'intérêt minimal actuel.

Pour prendre sa décision, le Conseil fédéral s'est fondé en particulier sur le rendement moyen à long terme des obligations de la Confédération à sept ans. Celui-ci est actuellement de 2,7 %. Il tient également compte des possibilités de rendement d'autres placements usuels du marché. Elles ont été insuffisantes au cours du premier semestre 2006. L'indice Pictet LPP 93, qui compte une part d'actions de 25 %, affiche une performance de -1,85 % pour cette période. Cette évolution plutôt négative est également reflétée par la comparaison de performance effectuée par le consultant Watson Wyatt pour les caisses de pension, qui indique pour la même période une performance de -0,3 %

Etant donné que le taux d'intérêt minimal devrait pouvoir être réalisé par toutes les institutions de prévoyance (en moyenne sur plusieurs années), il doit être fixé avec prudence. Sur la base des données actuelles, un relèvement du taux actuel de 2,5 % ne se justifie pas, malgré l'évolution positive des marchés des actions l'an dernier. Car si l'indice Pictet LPP 93 a affiché pour 2005 une performance de 10,4 %, ce bon résultat est relativisé par l'évolution négative du premier semestre 2006 ; nombreuses sont en effet les institutions qui doivent réaliser plus de 4 % sur une année pour éviter d'avoir à puiser dans leurs réserves. Mais les institutions de prévoyance sont naturellement libres d'appliquer un taux plus élevé si leur situation financière est suffisamment bonne.

Dans sa décision, le Conseil fédéral a également tenu compte de la recommandation de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, qui a décidé à sa séance du 22 juin 2006, par 13 voix contre 6, de lui recommander de maintenir le taux minimal actuel de 2,5 %.

553 Fonds de garantie LPP; taux de cotisation pour l'année 2007

L'Office fédéral des assurances sociales a approuvé les taux de cotisation pour l'année 2007 que lui a soumis le conseil de fondation du fonds de garantie LPP. Ces taux sont de respectivement 0,07% en ce qui concerne les subsides pour structure d'âge défavorable et de 0,02% pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations.

Le taux concernant les subsides pour structure d'âge défavorable reste inchangé. Par contre, celui pour les prestations pour insolvabilité et les autres prestations est diminué de 0,01%. L'échéance de payement de ces cotisations est fixé à fin juin 2007. Toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage (LFLP) ont l'obligation de cotiser.

Jurisprudence

554 Compensation de prétentions en rentes par une créance en dommages-intérêts

(Référence à l'arrêt du TFA du 12 juin 2006, cause X. contre Caisse de pension d'Ascoop, B 99/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 52 LPP, art. 53, let. e, OPP 2, art. 120 CO)

Le recourant était du 7 juin 1996 au 6 février 2002 vice-président de la coopérative Ascoop ainsi que de son institution de prévoyance où il était coresponsable notamment de la stratégie de placement et revêtait la qualité d'organe formel (voir art. 51 LPP).

Si est seule litigieuse la créance basée sur l'art. 52 LPP invoquée à titre de compensation (quant à son existence, et quant à l'admissibilité de l'invocation de la compensation), le litige ne concerne pas des prestations d'assurance, ce qui a pour conséquence que la procédure n'est pas gratuite (art. 134 OJ a contrario ; art. 135 en corrélation avec l'art. 156 OJ) et que le Tribunal fédéral des assurances ne dispose que d'un pouvoir de cognition restreint (art. 132 en corrélation avec l'art. 104, let. a et b, ainsi qu'avec l'art. 105, al. 2, OJ).

Selon l'art 52 LPP (dans sa teneur applicable en l'espèce, soit celle en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004), toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Cette norme de responsabilité, dont le champ d'application s'étend à la prévoyance plus étendue (art. 49, al. 2, LPP ; art. 89^{bis}, al. 6, CC), est applicable indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance (art. 48, al. 2, LPP). Elle accorde à l'institution de prévoyance lésée une prétention directe à l'encontre des catégories décrites plus précisément des personnes responsables. En font partie notamment les organes de l'institution de prévoyance alors que la qualité d'organe, comme dans le cadre de la prescription en responsabilité de l'art. 52 LAVS, peut également être seulement de fait. En plus de l'appartenance aux catégories des personnes mentionnées à l'art. 52 LPP, la responsabilité relative aux droits patrimoniaux suppose en outre, cumulativement, la survenance d'un dommage, l'illicéité, la faute et un lien de causalité.

Le dommage subi par l'intimée est dû au fait qu'elle n'a pas pu vendre 24 400 actions de la société Y. comme cela avait été convenu par contrat le 22 décembre 2000 au prix de 12,50 dollars US la pièce,

mais qu'elle en a retiré le 30 mars 2005 seulement 3,50 dollars US la pièce. Ce dommage a été chiffré par l'instance inférieure, après conversion, à 401 624 francs.

L'illicéité, comme autre condition de la responsabilité, est donnée lorsque sont violés les devoirs résultant de la loi et des ordonnances, de l'acte de fondation et des règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ainsi que des directives des autorités de surveillance, y compris le devoir général de diligence. Dans le domaine du placement de la fortune, il y a illicéité en premier lieu en cas de violation des prescriptions légales et réglementaires sur le placement.

Les titres de la société Y. ont été retirés de la Bourse en été 1999, ce qui a eu pour effet que le placement opéré par l'intimée ne remplissait plus les conditions de l'art. 53, let. e in fine, OPP 2. Dans cette situation claire aussi bien au niveau des faits qu'au niveau du droit, le recourant a déjà agi contrairement au droit en ce que, à concurrence des 24 400 actions qu'il a voulu vendre personnellement, il n'a pas aidé à liquider une participation de l'intimée devenue contraire aux prescriptions.

En ce qui concerne la faute, il suffit d'une négligence légère dans le cadre de l'art. 52 LPP. Une telle négligence existe dans la violation minime de la diligence requise, c'est-à-dire lorsqu'il y a écart par rapport au degré de diligence qu'observerait un membre du conseil de fondation consciencieux et compétent dans une situation comparable dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Ce qui doit être considéré comme une négligence (grave ou légère) doit être clarifié dans les cas d'espèce selon l'appréciation du juge ; la réponse à la question se base sur un jugement de valeur.

En l'espèce, on ne saurait toutefois en aucune façon parler d'une négligence légère. Il y a eu au contraire un acte gravement contraire aux obligations du recourant dans la mesure où celui-ci, en tant qu'organe formel de l'intimée et membre du conseil d'administration de la société Y., a vendu des actions de la société Y. qu'il détenait personnellement en vue de financer un logement privé et où, ce faisant, il a manifestement agi gravement à l'encontre des intérêts objectifs de l'intimée. Entre le dommage survenu et le comportement contraire aux devoirs du recourant, il y a un lien de causalité adéquate (sur la notion : ATF 125 V 461 cons. 5a avec les références données).

En résumé, il s'agit de retenir que la créance en responsabilité selon l'art. 52 LPP, que fait valoir la Caisse de pension en compensation de la prétention – échue, à juste titre non litigieuse – en prestations de vieillesse, est établie. La compensation est admissible (art. 120 CO). Une exclusion (art. 39, al. 2, LPP a contrario) n'entre pas en ligne de compte parce qu'à la différence de la créance en transfert des moyens de prévoyance (prestation de sortie), la créance en prestations de vieillesse faisant l'objet de la demande ne concerne pas le maintien de la prévoyance (ce qui, selon la jurisprudence, entraîne une interdiction de la compensation : ATF 132 V 127). Selon les éléments composant le dossier, la limite de la compensation posée par le minimum vital n'est pas touchée (B 52/98).

555 Taux d'intérêt nul dans la prévoyance professionnelle surobligatoire / Interprétation du règlement

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 avril 2006,cause Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la Banque X. contre N ; B 61/05 ; arrêt en allemand)

(art. 15 LFLP, art. 12 OPP 2)

Dans le cadre du calcul de la prestation de sortie se fondant sur l'art. 15 LFLP (en corrélation avec le ch. 4.5.2, al. 1, du règlement de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel), il y a désaccord entre les parties sur la question de savoir comment rémunérer l'avoir d'épargne surobligatoire (au 1er janvier 2001 : 948 123 francs) du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2002 (date de la sortie de l'institution de prévoyance). Alors que, selon l'opinion de l'institution de prévoyance recourante, aucun intérêt n'est dû pendant les années en cause, l'intimé, comme l'instance inférieure, préconise

l'application du taux minimal LPP fixé par le Conseil fédéral, alors de 4 %, ce qui aboutirait à un produit des intérêts de 77 990 francs (37 925 francs en 2001 et 40 065 francs en 2002).

En ce qui concerne la partie obligatoire de l'avoir de vieillesse, l'art. 15, al. 2, LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable dans le cas présent) prévoit que le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt minimal en fonction des possibilités de placement. Celui-ci s'est élevé en 2001 et 2002 à 4 % (art. 12 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable dans le cas présent). Conformément au ch. 5.1.2 du règlement, le taux d'intérêt sur l'avoir de vieillesse minimal selon la LPP correspond au minimum au taux d'intérêt LPP prescrit par le Conseil fédéral.

La LPP ne règle pas la manière dont doit être rémunérée la partie des bonifications de vieillesse à imputer au domaine plus étendu de la prévoyance professionnelle. En particulier, elle ne prescrit pas le taux d'intérêt minimal selon l'art. 15, al. 2, LPP pour ce domaine (art. 49, al. 2, LPP) de sorte que les institutions de prévoyance, dans les limites constitutionnelles, sont libres de décider de la rémunération dans leurs règlements et de prévoir par exemple une rémunération des bonifications de vieillesse correspondantes inférieure au taux d'intérêt minimal. La question du contenu et de l'interprétation du règlement de prévoyance est ainsi posée.

Le règlement, en tant que contenu préformulé du contrat de prévoyance (qui doit être classé dans les contrats innommés selon la dogmatique du droit : ATF 131 V 28), doit être interprété selon le principe de la confiance, les particularités inhérentes aux conditions générales devant cependant être observées, comme en particulier les règles dites du douteou de l'insolite. S'il résulte de l'interprétation qu'une norme réglementaire ne prévoit aucun règlement pour un problème surgi entre les parties, la réglementation contractuelle doit être complétée par le tribunal. En l'absence de normes légales dispositives, ce dernier ne peut que déterminer ce que les parties auraient dû convenir en toute bonne foi si elles avaient tenu compte du point non réglé. En l'occurrence, le tribunal doit se laisser guider par le caractère et le but du contrat et tenir compte de toutes les circonstances du cas. Ces principes s'appliquent également pour compléter les contrats innommés et les contrats mixtes. Les principes actuariels et mathématiques sont également importants pour l'interprétation des règlements de prévoyance.

Le ch. 6.1, 1re et 2e phrases, du règlement dit ce qui suit :

Lorsque le règlement ne prévoit aucune disposition, les autres prescriptions de la prévoyance professionnelle s'appliquent (LPP, CO, LFLP, ordonnances, etc.). Dans les autres cas, le conseil de fondation édicte une règle correspondant au but de la fondation et à l'objectif de la prévoyance.

L'intimé est d'avis que, selon la 1re phrase de cette disposition, le taux d'intérêt minimal prévu à l'art. 12 OPP 2 s'applique également au domaine surobligatoire, le règlement ne contenant aucune disposition propre sur la rémunération du capital d'épargne surobligatoire. A l'inverse, la recourante part de l'idée que, selon la 2e phrase, le conseil de fondation peut fixer le taux de l'intérêt, puisque le ch. 5.1.2 implique un silence qualifié sur cette question. Le ch. 5 du règlement régit le financement des prestations, le ch. 5.1.2, les bonifications de vieillesse. Les al. 1-3 régissent les bonifications de vieillesse annuelles ; l'al. 4 dit ensuite : L'intérêt sur l'avoir de vieillesse minimal selon la LPP correspond au minimum au taux d'intérêt LPP prescrit par le Conseil fédéral.

Cette disposition – vu la clarté de son libellé – ne s'applique qu'à l'avoir minimal de vieillesse selon la LPP, c'est-à-dire pour le domaine obligatoire. C'est d'autant plus frappant que le règlement ne fait en général pas de distinction entre le domaine obligatoire et le domaine surobligatoire. Il faut donc partir de l'idée que le règlement voulait limiter sciemment l'application du taux d'intérêt minimal LPP au domaine obligatoire. Il serait donc contradictoire d'appliquer le taux d'intérêt minimal LPP également au domaine surobligatoire, par le biais du ch. 6.1, 1re phrase. C'est pourquoi il faut admettre avec la recourante que le ch. 5.1.2 , al. 4, en ce qui concerne la rémunération de la partie surobligatoire, com-

porte un silence qualifié et que pour cette raison, la disposition de l'art. 12 OPP 2 ne s'applique pas au ch. 6.1, 1re phrase, mais que, selon le ch. 6.1, 2e phrase , le conseil de fondation fixe la rémunération.

Avec la recourante, il faut partir de l'idée que la rémunération qui est versée sur le capital d'épargne surobligatoire peut être adaptée à la situation financière de la caisse et doit l'être dans l'intérêt d'une garantie durable du but de la prévoyance. Car, dans le cas d'une institution de prévoyance, les dépenses et les recettes doivent en principe s'équilibrer. C'est pourquoi, économiquement, des intérêts ne peuvent être versés que si la situation sur le marché des capitaux permet d'obtenir un produit de la fortune, à moins que d'autres recettes supplémentaires soient trouvées ou que les intérêts puissent être financés à partir de fonds libres.

556 Répartition d'une prestation de libre passage en cas de décès d'un assuré à demi-invalide

(Référence à l'arrêt du TFA du 2 juin 2006 en la cause OFAS contre Cassa pensione dei dipendenti dello Stato del Cantone Ticino ; B 13/05 ; arrêt en langue italienne)

(Art. 14 OPP2)

L'assuré, au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, est décédé après qu'il ait quitté la caisse de pensions. La caisse a traité la part active restante comme prestation de libre passage. L'intéressé a laissé une veuve et deux enfants, plus deux autres enfants nés d'un second lit. La veuve et ses enfants ont bénéficié d'une rente de veuve calculée sur la base de la demi-rente d'invalidité ainsi qu'une part leur revenant de la prestation de libre passage.

De son côté, l'OFAS a émis l'avis que le décès pouvait être considéré comme une aggravation du cas d'invalidité et que la caisse aurait dû procéder non pas au versement de la part de libre passage, mais aurait dû appliquer par analogie la jurisprudence en matière d'aggravation de l'invalidité et verser une prestation fondée sur une rente entière d'invalidité. Subsidiairement, l'Office a conclu que si le lien de causalité était nié, le partage de la prestation de libre passage devait être effectué non pas selon le règlement de la caisse, mais selon celui de l'institution supplétive à laquelle la prestation aurait dû être transférée lorsque l'assuré a quitté la caisse.

La Cour rappelle que si l'assuré est au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité, la caisse divise l'avoir de vieillesse en deux parts égales, dont l'une est traitée selon l'art. 14 OPP2 (tenue du compte de vieillesse jusqu'à l'âge-terme) et l'autre est assimilée à l'avoir d'un assuré actif, soumis à la LFLP s'il quitte la caisse. Le tribunal confirme que l'assuré démissionnaire avait droit à une prestation de libre passage pour la moitié de l'avoir de vieillesse.

Toutefois, le TFA retient que la prestation de survivant doit être calculée sur la base de l'ancien art. 19 OPP2 (abrogé depuis l'entrée en vigueur de la 1ère révision de la LPP), pour la prévoyance obligatoire, c'est-à-dire sur la base de la rente d'invalidité convertie en rente entière, mais déduction faite d'autres prestations de survivants dues en vertu de la LPP, jusqu'à concurrence de la moitié des prestations légales. La caisse doit donc reformuler son calcul, ce qui pourrait conduire à une rente supérieure à celle octroyée actuellement. Par contre, pour ce qui est du partage de la prestation de libre passage, le fait que l'assuré l'ait gardée dans la caisse au lieu de la transférer à l'institution supplétive correspond à un désir de maintenir la prévoyance, et, dès lors, le partage de l'éventuelle part surobligatoire restante, au titre de prestation de libre passage, doit se faire selon le règlement de la caisse et non selon le règlement de l'institution supplétive.

557 Réduction de la rente de survivant de l’ex-épouse

(Référence à l’arrêt du TFA du 2 juin 2006, cause H. contre Fonds de prévoyance en faveur du personnel de l’entreprise X., B 1/06 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP 2, 23 al. 2 et 24b LAVS, 43 LAI)

L’assuré A. a atteint l’âge de la retraite en 1986 et il est décédé en octobre 1991. Il était marié avec H. depuis 1961 avant de divorcer en 1988 puis de se remarier en 1990. La contribution d’entretien en faveur de H. s’élevait à 853 francs selon le jugement de divorce. L’ex-épouse H. percevait une rente simple de l’assurance-invalidité (AI) de 745 francs, qui a été augmentée à 1’600 francs dès octobre 1991 avant d’être remplacée par une rente de vieillesse de l’AVS de 2’010 francs à partir de 1999. En 2002, H. a demandé au fonds de prévoyance de son ex-mari de lui verser une rente de veuve à partir de la date du décès de celui-ci. Le fonds de prévoyance a estimé que H. n’avait pas droit à une telle prestation dans la mesure où le montant de la rente AI de H., recalculée après le décès de son ex-mari, dépassait celui de la contribution d’entretien convenue dans le cadre du divorce.

D’après l’art. 20 al. 1, let. a et b, OPP 2, le conjoint divorcé est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien conjoint à la condition que son mariage ait duré dix ans au moins et qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère. Selon l’art. 20 al. 2 OPP 2, l’institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l’AVS ou de l’AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce. Cette disposition vise à indemniser la femme divorcée pour la perte de soutien qu’elle subit ensuite du décès de son ex-mari (RSAS 1995 p.139 consid. 3a). Le droit à la rente de veuve de la LPP n’existe donc que dans la mesure où il y a perte de soutien. En cas de versement d’une rente de veuve de l’AVS à la femme divorcée, l’institution de prévoyance ne doit assumer que l’éventuel dommage lié à la disparition de la contribution d’entretien (RSAS 2003 p. 52). En ce qui concerne la prévoyance plus étendue, l’art. 53 al. 1 et 2 du règlement du fonds dispose que le montant annuel de la rente de veuve, respectivement de la femme divorcée assimilée à une veuve, est égal à celui découlant des exigences minimales de la LPP, sous déduction de la rente éventuellement servie par l'AVS/AI, mais au maximum à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-mari. Par conséquent, c’est à bon droit que le fonds de prévoyance a tenu compte de l’augmentation de 855 francs de la rente AI dès octobre 1991 en application des art. 23 al. 2 LAVS et 43 LAI (dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants), selon lesquels les veuves, respectivement les femmes divorcées assimilées aux veuves, et les orphelins qui ont droit simultanément à une rente de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et à une rente de l'assurance-invalidité reçoivent seulement la rente d'invalidité, celle-ci étant cependant servie toujours sous la forme d'une rente entière et son montant devant atteindre au moins celui de la rente de survivants. Le fonds de prévoyance pouvait aussi prendre en compte la rente de vieillesse AVS versée à H. à partir de 1999 (d’après l’art. 24b LAVS, en cas de concours entre des rentes de veuves et des rentes de vieillesse ou d’invalidité, seule la rente la plus élevée est versée). En définitive, comme la contribution d’entretien s’élevait à 853 francs, la réduction opérée par le fonds de prévoyance est bien fondée.

558 Pas de suspension de la procédure devant le Tribunal des assurances en relation avec une procédure pénale

(Référence à l'arrêt du TFA du 24 mai 2006, cause A. contre Caisse de retraite et de prévoyance X., B 143/05 ; arrêt en français)

(Art. 29 al. 1 Cst, 52 et 73 al. 1 let. c LPP, 61 let. a LPGA)

A., ancien membre de la commission de gestion de l'institution de prévoyance X., a ouvert action contre cette caisse pour obtenir le versement d'une rente de vieillesse mensuelle de 6'244 francs. X. conclut au rejet de l'action. X. estime que A. lui aurait causé un dommage de 4'035'835 francs en violant gravement ses obligations de diligence et de fidélité en tant que membre de la commission de gestion et elle lui oppose en compensation ses prétentions en réparation du dommage. La Présidente du Tribunal cantonal des assurances a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur une procédure pénale ouverte contre A. pour gestion déloyale, abus de confiance et blanchiment d'argent. A. conteste cette suspension de procédure et considère qu'elle retardera inutilement le prononcé d'un jugement sur les prestations litigieuses.

Une suspension de la procédure devant le juge des assurances sociales dans l'attente de l'issue d'une procédure parallèle peut être justifiée par des motifs d'économie de procédure. En particulier, la suspension d'un procès relatif à la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS, ou d'une personne chargée de l'administration, de la gestion ou du contrôle d'une institution de prévoyance au sens de l'art. 52 LPP, jusqu'à droit connu sur le procès pénal, peut être prononcée pour éviter un enchevêtrement des procédures et la répétition de mesures d'instruction par les différentes juridictions saisies. Elle peut aussi être admise lorsque le jugement pénal à rendre devrait permettre de trancher une question décisive pour l'issue du litige dans un délai raisonnable. La suspension de procédure comporte toutefois le risque de retarder inutilement la procédure, de sorte qu'elle n'est admise qu'à titre exceptionnel, eu égard à l'exigence de célérité posée par l'art. 29 al. 1 Cst. De plus, en droit des assurances sociales, les art. 61 let. a LPGA et 73 al. 2 LPP exigent une procédure simple et rapide devant les tribunaux cantonaux des assurances.

A. fait l'objet d'une instruction pénale portant notamment sur d'éventuels abus de confiance et actes de gestion déloyale au détriment de X. Il est clair qu'une éventuelle condamnation du recourant pour l'une ou l'autre de ces infractions conduirait à retenir qu'il a causé fautivement un dommage, dont pourrait se prévaloir X. La question du montant du dommage ne serait en revanche pas forcément réglée et un acquittement du recourant ne le libérerait pas d'une éventuelle responsabilité envers la caisse. En effet, l'art. 52 LPP ne pose pas comme condition de responsabilité qu'une infraction pénale ait été commise. Par ailleurs, le Tribunal cantonal des assurances, saisi de l'action en paiement ouverte par A. contre X., est également la juridiction désignée par l'art. 73 al. 1 let. c LPP pour trancher les actions en responsabilité au sens de l'art. 52 LPP. Il apparaît donc particulièrement bien placé pour trancher les différents aspects de la créance en réparation du dommage opposée par X. aux prétentions de A. De plus, rien au dossier n'indique dans quel délai un jugement pénal sera prononcé, étant précisé qu'aucune ordonnance d'inculpation ne semblait encore avoir été rendue lorsque la décision de suspension a été prise. Dans ces conditions, la juridiction cantonale n'était pas fondée à considérer que l'issue de la procédure pénale en cours lui permettrait de trancher dans un délai raisonnable une question décisive quant à la responsabilité de l'assuré. L'opportunité d'éviter certaines investigations - la juridiction cantonale ne précise pas lesquelles - ne justifie pas davantage une suspension de la procédure pour une durée indéterminée, alors que les deux parties au procès s'y opposent et que le litige est pendant depuis près de deux ans. Enfin, la Présidente du Tribunal cantonal des assurances n'a procédé à aucune pesée des intérêts en présence.

559 Défaut de participation de l'institution de prévoyance dans la procédure de l'assurance-invalidité - force contraignante des art. 23 et suivants LPP lorsque l'IP se fonde tout de même sur la décision de l'AI pour le calcul de ses prestations

(Référence à l'arrêt du TF du 26 juillet 2006 dans l'affaire Z. contre Fondation L., B 27/05, arrêt en français)

(Art. 23 et 26 LPP)

En décembre 1999, la fondation L. a eu connaissance - par l'intermédiaire de son assurée - de la reconnaissance par l'assurance-invalidité du droit à une demi-rente d'invalidité dès le 1er juillet 1995. Elle s'en est tenue au prononcé de l'office AI et a procédé aux calculs des prestations à partir de l'année 1995 en fonction du taux d'invalidité fixé par l'AI tout en tenant compte d'un « gain mensuel et annuel présumé » réduit de 50%. Sur cette base, elle a ensuite fait part à son assurée des décomptes des prestations dues et lui a versé un montant de 931 fr. 15 à titre de rente d'invalidité pour l'année 1998.

Dans le cadre d'une procédure de révision, l'office AI a maintenu le droit à une demi-rente par décision du 10 février 2004. La fondation, qui a reçu copie de la décision, s'y est opposée.

En vertu de l'arrêt du 29 novembre 2002 (ATF 129 V 73), l'office AI est tenu de notifier d'office une décision de rente à toutes les institutions de prévoyance entrant en considération. Lorsqu'il n'est pas intégré en procédure, l'assureur LPP - qui dispose d'un droit de recours propre dans les procédures régies par la LAI) - n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité (principe, taux et début du droit) à laquelle ont procédé les organes de l'assurance-invalidité. En revanche, lorsque l'institution de prévoyance s'en tient à ce qu'a décidé l'organe de l'assurance-invalidité ou se fonde même sur sa décision, la question du défaut de participation de l'assureur-LPP dans la procédure de l'assurance-invalidité n'a plus d'objet. Dans un tel cas, la force contraignante, voulue par le législateur et exprimée dans les art. 23 et suivants LPP, s'applique sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision de l'assurance-invalidité.

La fondation ayant repris à son compte l'évaluation de l'invalidité à la quelle avait procédé l'office AI, pour examiner, puis reconnaître à son assurée le droit à des prestations de la prévoyance professionnelle, elle est - sous réserve du caractère d'emblée insoutenable de la décision AI - liée par cette évaluation, quand bien même la décision de rente ne lui avait pas été valablement communiquée en 1999.

560 L'art. 65, al. 1, LPP est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires

(Référence à l'arrêt du TF du 28 juin 2006 dans l'affaire Fondation F. contre M. et B., 2A.562/2005, arrêt en français)

(Art. 49 et 65 LPP et art. 44 OPP 2)

Au vu de l'effondrement des marchés financiers au 31 décembre 2002 (-11%) et du degré de couverture atteignant tout juste 100% à la même date avant prise en compte des intérêts à créditer sur les comptes des assurés, le conseil de fondation de la fondation F. a décidé - nonobstant l'art. 18, al. 3 de son règlement prévoyant un taux d'intérêt de minimum 4% - de ne pas créditer cet intérêt pour l'exercice 2002 afin d'éviter de créer un découvert. La fondation a informé les assurés de sa décision

tout en précisant que le compte « virtuel » de l'avoir de vieillesse LPP était néanmoins crédité de l'intérêt légal de 4% pour l'exercice 2002.

M., affilié à la fondation F., a déposé plainte auprès de l'autorité de surveillance au motif que la décision du conseil de fondation ne pouvait avoir d'effet rétroactif sans porter atteinte à ses droits acquis. Suite au rejet de sa plainte, M. a recouru auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle qui a annulé la décision de l'autorité de surveillance et lui a renvoyé la cause afin qu'elle impartisse un délai au conseil de fondation en vue d'attribuer un intérêt pour l'exercice 2002 respectant les dispositions réglementaires en vigueur à l'époque. Agissant par la voie du recours de droit administratif, la fondation a demandé l'annulation de la décision de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle et la confirmation de la décision de l'autorité de surveillance.

Admettant le recours de la fondation F., le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 65, al. 1, LPP, qui impose aux institutions de prévoyance professionnelles d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, est une disposition fondamentale et impérative qui prime les dispositions réglementaires dont l'application aurait pour effet de provoquer la survenance d'un découvert ou de l'augmenter. Il ne saurait par conséquent être reproché à une institution de prévoyance d'avoir pris des mesures d'assainissement immédiates, si ce n'est préventives, lui permettant d'éviter un découvert prévisible, avant même de modifier son règlement. Cela reviendrait à lui reprocher d'avoir respecté l'exigence fondamentale de l'art. 65, al. 1, LPP.

Annexe

Tabelle pour le calcul du montant maximal du 3e pilier a (selon les art. 60a, al. 2, OPP 2 et 7, al. 1, let. a, OPP 3) en fonction de l'année de naissance

(le processus débute le 1er janvier de l'année des 25 ans)

Année de naissance	Processus débutant le 1er janvier …	Etat le 31 déc. 2004	Etat le 31 déc. 2005	Etat le 31 déc. 2006	Etat le 31 déc. 2007
1962 et avant	1987	130'931	140'397	150'099	160'216
1963	1988	123'047	132'315	141'815	151'725
1964	1989	115'149	124'220	133'517	143'220
1965	1990	107'555	116'436	125'539	135'042
1966	1991	99'766	108'452	117'356	126'655
1967	1992	92'277	100'776	109'487	118'590
1968	1993	84'176	92'472	100'976	109'865
1969	1994	76'041	84'134	92'429	101'105
1970	1995	68'218	76'116	84'211	92'681
1971	1996	60'456	68'160	76'056	84'322
1972	1997	52'993	60'510	68'215	76'285
1973	1998	45'632	52'965	60'481	68'358
1974	1999	38'554	45'710	53'044	60'735
1975	2000	31'679	38'663	45'821	53'332
1976	2001	25'069	31'887	38'876	46'213
1977	2002	18'554	25'210	32'033	39'198
1978	2003	12'291	18'790	25'452	32'453
1979	2004	6'077	12'421	18'923	25'762
1980	2005	0	6'192	12'539	19'217
1981	2006		0	6'192	12'712
1982	2007			0	6'365

Pour un état autre que le 31 décembre, procéder par interpolation linéaire des valeurs au 31 décembre les plus proches.

Chaque année, le tableau doit être complété par une ligne et une colonne supplémentaires.

Paramètres de calcul

Année	*2004*	*2005*	*2006*	*2007*
Bonification	*6'077*	*6'192*	*6'192*	*6'365*
Taux d'intérêt	*2.25%*	*2.50%*	*2.50%*	*2.50%*

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

22 novembre 2006

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 95

Indications

561 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2007

562 Entrée en vigueur au 1er janvier 2007 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré et ses conséquences en matière de prévoyance professionnelle

563 Nouvelles lois sur le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral : conséquences sur la prévoyance professionnelle

564 Aucune restriction quant à la possibilité d'exiger un versement anticipé pour l'acquisition du logement

Jurisprudence

565 Suspension de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pendant l'exécution d'une peine / compensation des montants touchés en trop par les rentes dues à l'avenir

Erratum

566 Bulletin de la prévoyance professionnelle no 94, chiffre 553 : Fonds de garantie LPP ; taux de cotisation pour l'année 2007

Annexe

Chiffres repères de la prévoyance professionnelle

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

06.219

Indications

561 Adaptation des rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle à l'évolution des prix au 1er janvier 2007

(art. 36 LPP)

Les rentes de survivants et d'invalidité du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle, conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), doivent être adaptées jusqu'à l'âge ordinaire de retraite périodiquement à l'évolution de l'indice des prix à la consommation. La compensation du renchérissement doit être effectuée pour la première fois après 3 ans, puis en règle générale au même rythme que l'AVS, c'est à dire tous les deux ans, à partir du 1er janvier 1992. Cela signifie que les adaptations suivantes sont effectuées en même temps que celles des rentes de l'AVS.

Dès le 1er janvier 2007, les rentes obligatoires de survivants et d'invalidité qui ont pris naissance en 2003 doivent être adaptées au renchérissement des trois dernières années. Le taux d'adaptation est calculé sur la base des indices des prix à la consommation de 100,3 en septembre 2006 (base déc. 2005=100) et de 97,3 en septembre 2003.

Pour les adaptations dites subséquentes des rentes nées avant 2003, il est tenu compte de l'indice des prix à la consommation du mois de septembre de l'année précédant la dernière adaptation et de celui de septembre 2006. Les rentes nées à partir de 2004 ne seront pas adaptées.

Par conséquent, le 1er janvier 2007, les rentes de survivants et d'invalidité de la LPP seront adaptées comme suit :

Année de la première rente	Dernière adaptation	Adaptation au 1.1.2007
1985 – 2001	1.1.2005	**2,2 %**
2002	1.1.2006	**0,8 %**
2003	-	**3,1 %**
2004 - 2006	-	**0,0 %**

Aussi longtemps que le montant des rentes dépasse le minimum légal prescrit par la LPP, leur adaptation à l'évolution des prix n'est pas obligatoire. Comme les rentes de vieillesse de la LPP, elles sont adaptées à l'évolution des prix sur la base d'une décision de l'organe paritaire de l'institution de prévoyance, qui doit justifier celle-ci dans ses comptes annuels ou dans le rapport annuel.

562 Entrée en vigueur au 1er janvier 2007 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré et ses conséquences en matière de prévoyance professionnelle

La loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le Partenariat ; LPart) entrera en vigueur le 1er janvier 2007. A partir de cette date, deux personnes du même sexe pourront faire enregistrer officiellement leur partenariat. Sur le plan de l'état civil, ils seront « liés par un partenariat enregistré ». Les partenaires enregistrés seront mis sur un pied d'égalité par rapport aux conjoints en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. En cas de décès, le partenaire enregistré survivant aura droit aux mêmes prestations qu'un conjoint survivant (art. 19*a* LPP). Le partenaire enregistré sera aussi bénéficiaire de prestations de survivants dans la prévoyance individuelle liée (pilier 3a). Le partenaire enregistré devra obtenir l'accord écrit de son partenaire lorsqu'il demandera un versement anticipé pour acquérir la propriété du logement ou le versement en capital de sa prestation de vieillesse ou bien encore le versement en espèces de sa prestation de sortie (art. 30*c*, al. 5, et 37, al. 5, 1re phrase, LPP et art. 5, al. 2, LFLP, art. 331*d*, al. 5, et 331*e*, al. 5, CO). La dissolution judiciaire du partenariat enregistré aura les mêmes effets que le divorce sur

le plan de la prévoyance professionnelle : les partenaires enregistrés devront alors procéder au partage des a voirs du 2e pilier acquis pendant la durée du partenariat enregistré (art. 33 LPart et 22*d* LFLP). L'ex-partenaire enregistré aura droit à des prestations de survivants si les conditions fixées par les art. 19 LPP et 20 OPP 2 sont remplies. Les versements anticipés pour le logement effectués pendant la durée du partenariat enregistré devront aussi être partagés (art. 30*c*, al. 6, LPP et art. 331*e*, al. 6, CO). L'institution de prévoyance devra renseigner la personne assurée qui conclut un partenariat enregistré sur le montant de sa prestation de sortie au moment de l'enregistrement du partenariat (art. 24, al. 2, LFLP). En cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'institution de prévoyance devra informer, sur demande, l'assuré ou le juge, sur le montant des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie à partager (art. 24, al. 3, LFLP). Il sera possible de racheter sans limitation la prestation de sortie transférée suite à la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (art. 79*b*, al. 4, LPP).

Les partenariats entre personnes du même sexe valablement enregistrés à l'étranger sont reconnus en Suisse (cf. art. 45, al. 3 de la loi fédérale sur le droit international privé introduit par la LPart; voir aussi le Message du Conseil fédéral sur la LPart: Feuille fédérale 2003 page 1259: http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1192.pdf). Ainsi, il est nécessaire de déterminer quelles sont les institutions juridiques étrangères concernées par cette disposition. Sur demande, il est possible de s'adresser à l'OFAS pour savoir si une union conclue dans un pays en particulier fait partie des unions étrangères équivalentes au partenariat enregistré suisse. Le pacte civil de solidarité (PACS) français n'est pas équivalent au partenariat enregistré suisse: voir le Message du Conseil fédéral sur la LPart page 1259. La dissolution judiciaire d'une union étrangère équivalente aura les mêmes effets que la dissolution judiciaire du partenariat enregistré suisse. Toutefois, pour être opposable à une institution de prévoyance en Suisse, une décision étrangère prononçant la dissolution judiciaire devra faire l'objet d'une procédure de reconnaissance en Suisse, tout comme en cas de divorce prononcé à l'étranger (cf. ATF 130 III 336, ATF 131 III 289, ATF 132 V 236).

Nous publions ci-après les dispositions de la LPart relatives à la prévoyance professionnelle (pour un commentaire de ces dispositions légales, voir le Message du Conseil fédéral du 29 novembre 2002 publié dans la Feuille fédérale 2003 pp. 1192 ss, en particulier pp. 1248, 1255, 1267 et 1268 : lien internet : http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1192.pdf). Nous publions également les dispositions d'ordonnances qui ont été adaptées à la LPart, avec un commentaire. Seule la version publiée dans le Recueil officiel fait foi (RO 2006 4155).

Partenariat enregistré : dispositions légales sur la prévoyance professionnelle (version non officielle)

Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat ; LPart)[1]

Art. 33 Prévoyance professionnelle

Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du partenariat enregistré sont partagées conformément aux dispositions du droit du divorce concernant la prévoyance professionnelle.

Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)[2]

Art. 19*a* Partenaires enregistrés

En cas de partenariat enregistré, le partenaire survivant a les mêmes droits qu'un veuf.

1 RS **211.231**, RO **2005** 5685 et **2006** 15
2 RS **831.40**

Art. 30c, al. 5 et 6

[5] Lorsque l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le versement n'est autorisé que si le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, l'assuré peut en appeler au tribunal.

[6] En cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et est partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC[3] et à l'art. 22 LFLP.

Art. 37, al. 5, 1re phrase

[5] Lorsque l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le versement de la prestation en capital selon les al. 2 et 4 n'est possible que si le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement écrit. ...

Art. 79*b*, al. 4

[4] Les rachats effectués en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré en vertu de l'art. 22*c* LFLP ne sont pas soumis à l'al. 2.

Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)[4]

Art. 5, al. 2

[2] Si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le paiement en espèces ne peut intervenir qu'avec le consentement écrit de son conjoint ou de son partenaire.

Art. 22*d* Partenariat enregistré

Les dispositions applicables en cas de divorce s'appliquent par analogie à la dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré.

Art. 24, al. 2, 1re phrase, et al. 3

[2] L'institution de prévoyance doit renseigner l'assuré qui se marie ou qui conclut un partenariat enregistré sur sa prestation de libre passage à la date de la conclusion du mariage ou de l'enregistrement du partenariat. ...

[3] En cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'institution de prévoyance est tenue de renseigner, sur demande, l'assuré ou le juge sur les montants des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie à partager.

Code des obligations (CO)[5]

Art. 331*d*, al. 5

[5] Lorsque le travailleur est marié, la mise en gage n'est autorisée que si le conjoint donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, le travailleur peut en appeler au tribunal. Cette disposition s'applique aux partenaires enregistrés.

Art. 331e, al. 5 et 6

[5] Lorsque le travailleur est marié, le versement est autorisé uniquement si le conjoint donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, le travailleur peut en appeler au tribunal. Cette disposition s'applique aux partenaires enregistrés.

---

3 RS **210**
4 RS **831.42**
5 RS **220**

[6] Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et est partagé conformément aux art. 122, 123 et 141 CC[6] et à l'art. 22 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage Cette disposition est applicable en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

Partenariat enregistré : modification des ordonnances concernant la prévoyance professionnelle et le 3e pilier (version non officielle)

1. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)[7]

Art. 2, al. 2, let. c

[2] Les formes autorisées de propriété du logement sont:

c. la propriété commune de la personne assurée avec son conjoint ou son partenaire enregistré ;

Art. 9, al. 1, let. c

[1] Le consentement écrit du créancier gagiste est nécessaire pour affecter le montant mis en gage:

c. au transfert, à la suite d'un divorce ou de la dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré, d'une partie de la prestation de libre passage à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint ou de l'autre partenaire enregistré (art. 22 et 22*d* de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage).

2. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP)[8]

Art. 1, al. 3

[3] L'employeur doit communiquer à l'institution de prévoyance le nom des assurés qui se sont mariés ou qui ont conclu un partenariat enregistré.

Art. 2, al. 1

[1] L'institution de prévoyance doit déterminer pour l'assuré qui a atteint l'âge de 50 ans après le 1er janvier 1995 ou qui se marie ou conclut un partenariat enregistré après cette date la prestation de sortie à laquelle il a droit à ce moment-là.

Art. 8*a*, titre, al. 1bis

Taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce ou de la dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré

[1bis] L'al. 1 s'applique par analogie lors du partage de la prestation de sortie en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, conformément à l'art. 22*d* LFLP.

Art. 15, al. 1, let. b, ch. 1

[1] Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires s'agissant du maintien de la prévoyance:

b. en cas de décès, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:

1. les survivants au sens des art. 19, 19*a* et 20 LPP,

---

6 RS **210**
7 RS **831.411**
8 RS **831.425**

Art. 17 Cession et mise en gage

Le capital de prévoyance et le droit aux prestations non exigibles ne peuvent être ni cédés ni mis en gage. Les art. 22 et 22*d* LFLP, 30*b* LPP et 331*d* CO sont réservés.

3. Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)[9]

Art. 1*j*, al. 1, let. e

[1] Les catégories suivantes de salariés ne sont pas soumises à l'assurance obligatoire:

e. les membres suivants de la famille d'un exploitant agricole, qui travaillent dans son entreprise:

1. les parents de l'exploitant en ligne directe, ascendante ou descendante, ainsi que les conjoints ou les partenaires enregistrés de ces parents;

2. les gendres ou les belles-filles de l'exploitant qui, selon toute vraisemblance, reprendront l'entreprise pour l'exploiter personnellement.

Art. 20, titre et référence entre parenthèses, al. 1[bis] et al. 2

Droit du conjoint divorcé et de l'ex-partenaire enregistré à des prestations de survivants
(art. 19, al. 3, et 19*a* LPP)

[1bis] En cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'ex-partenaire enregistré est assimilé au veuf ou à la veuve en cas de décès de son ancien partenaire enregistré à la condition :

a. que son partenariat enregistré ait duré dix ans au moins, et

b. qu'il ait bénéficié, en vertu du jugement prononçant la dissolution du partenariat enregistré, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère.

[2] L'institution de prévoyance peut néanmoins réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce ou du jugement prononçant la dissolution du partenariat enregistré.

Art. 24, al. 3

[3] Les revenus de la veuve ou du veuf ou du partenaire enregistré survivant et ceux des orphelins sont comptés ensemble.

Art. 27*c*, al. 1

[1] L'institution de prévoyance n'a un droit de recours contre le conjoint ou le partenaire enregistré de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué intentionnellement ou par négligence grave l'événement assuré.

Art. 27*i*, al. 1, let. c

[1] Les institutions de prévoyance et les institutions qui gèrent les comptes ou les polices de libre passage sont tenues de conserver toutes les pièces contenant des informations importantes pour l'exercice de droits éventuels des assurés, à savoir:

c. les documents concernant toute situation déterminante durant la période d'assurance, tels que les rachats, les paiements en espèces de même que les versements anticipés pour

[9] RS **831.441.1**

l'accession au logement et les prestations de sortie en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré;

4. Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)[10]

Art. 2, al. 1, let. b, ch. 1

[1] Les personnes suivantes ont qualité de bénéficiaires:

b. en cas de décès de celui-ci, les personnes ci-après dans l'ordre suivant:

1. le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant,

Art. 3, al. 6

[6] Si l'assuré est marié ou lié par un partenariat enregistré, le versement anticipé des prestations de vieillesse n'est possible, dans les cas visés aux al. 2, let. c et d, et 3, que si le conjoint ou le partenaire enregistré donne son consentement écrit. S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé, l'assuré peut en appeler au tribunal.

Art. 4, al. 4

[4] L'al. 3 s'applique par analogie à la dissolution judiciaire du partenariat enregistré lorsque les partenaires sont convenus d'un partage des biens selon les règles du régime de la participation aux acquêts (art. 25, al. 1, 2e phrase, de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat).

Art. 7, al. 2

[2] Lorsque les deux époux ou les deux partenaires enregistrés exercent une activité lucrative et versent des cotisations à une forme reconnue de prévoyance, ils peuvent prétendre ces déductions pour chacun d'eux.

Commentaire

de l'Ordonnance sur la mise en oeuvre de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

La loi sur la prévoyance professionnelle (LPP), ainsi que de la loi sur le libre passage (LFLP) ont été modifiées pour tenir compte de l'instauration du partenariat enregistré. Toutefois, ces seules adaptations ne suffisent pas à régler en détail la situation des partenaires enregistrés dans les deuxième et troisième piliers. Des modifications d'ordonnances sont encore nécessaires. Pour éviter toute discrimination entre les partenaires enregistrés et les époux, il faut aussi mentionner les partenaires enregistrés dans les dispositions d'ordonnances qui s'appliquent aux conjoints, voire aux ex-conjoints.

1. Modifications de l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)

Article 2, al. 2, let. c

Les partenaires enregistrés ont le même statut juridique que les conjoints dans la prévoyance professionnelle, notamment en ce qui concerne l'accession à la propriété du logement. Il faut par conséquent aussi mentionner, comme forme autorisée de propriété du logement, la propriété commune de la personne assurée avec son partenaire enregistré.

[10] RS **831.461.3**

Article 9, al. 1, let. c

En cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, les prestations de sortie doivent être partagées aux mêmes conditions qu'en cas de divorce (cf. art. 33 LPart et 22*d* LFLP). Comme le consentement écrit du créancier-gagiste est requis en cas de transfert consécutif au divorce, il est aussi exigé en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

2. Modifications de l'Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP)

Article 1, al. 3

Pour remplir l'obligation de renseigner qui lui incombe selon l'art. 24 LFLP, l'institution de prévoyance a besoin de savoir quelles sont les personnes assurées qui sont mariées ou qui ont conclu un partenariat enregistré. Il est donc nécessaire que l'employeur communique cette information à l'institution de prévoyance.

Article 2, al. 1

L'institution de prévoyance doit déterminer le montant de la prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage ou de l'enregistrement du partenariat enregistré. Elle est en effet tenue de communiquer cette information au conjoint ou au partenaire enregistré selon l'art. 24 LFLP.

Article 8*a*, al. 1bis (nouveau)

Les dispositions sur le partage de la prévoyance professionnelle suite à un divorce s'appliquent par analogie en cas de dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré (cf. art. 33 LPart et art. 22*d* LFLP). Par conséquent, le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de l'enregistrement du partenariat (art. 7 LPart) et aux versements uniques effectués jusqu'au moment de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (art. 29 et 30 LPart) correspond au taux minimal fixé par l'art. 12 OPP 2, tout comme en cas de divorce.

Article *15*, al. 1, let. b, ch. 1

Il faut aussi mentionner l'art. 19*a* LPP en plus de la référence aux art. 19 et 20 LPP. En effet, selon l'art. 19*a* LPP, en cas de partenariat enregistré, le partenaire survivant a les mêmes droits qu'un conjoint survivant. Le partenaire enregistré fait donc partie des survivants ayant la qualité de bénéficiaires en ce qui concerne les comptes et polices de libre passage.

Article 17

Le partage des avoirs de prévoyance en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré constitue une exception à l'interdiction de cession et de mise en gage de l'art. 17 LFLP, tout comme en cas de divorce (cf. art. 22 LFLP). Il faut donc aussi faire référence à l'art. 22*d* LFLP en plus de la réserve des art. 22 LFLP, 30*b* LPP et 331*d* CO.

3. Modifications de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse et survivants (OPP 2)

Article 1*j*, al. 1, let. e, ch. 1 et 2

Les partenaires enregistrés des parents de l'exploitant agricole sont exemptés de l'assurance obligatoire. Ils sont donc traités de la même manière que les conjoints des parents de l'exploitant. Par ailleurs, l'art. 1*j*, al. 1, let. e, ch. 2 ne mentionne que le « gendre » et non pas la belle-fille de l'exploitant. Dans le cadre de la présente modification de l'OPP 2, il se justifie d'adapter formellement cette disposition en mentionnant aussi la belle-fille, conformément au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 8, al. 3, Cst).

Art. 20, al. 1bis (nouveau) et 2

Le partenaire enregistré survivant a les mêmes droits que le conjoint survivant d'après l'art. 19*a* LPP. De plus, la dissolution judiciaire du partenariat enregistré est assimilée au divorce (cf. art. 30*c*, al. 6, LPP, 79*a*, al. 5, LPP, 22*d* LFLP et 24, al. 3, LFLP). Par conséquent, en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'ex-partenaire enregistré a le même statut que le conjoint divorcé lorsque les deux conditions suivantes sont remplies cumulativement : d'une part, le partenariat enregistré doit avoir duré au moins 10 ans et, d'autre part, l'ex-partenaire enregistré bénéficiait d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère à titre de contribution d'entretien sur la base du jugement prononçant la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (cf. art. 34 LPart). L'ex-partenaire enregistré aura droit à des prestations de survivant de la prévoyance professionnelle si les conditions fixées par les art. 19 LPP et 20 OPP 2 sont remplies. Pour avoir droit à de telles prestations, l'ex-partenaire enregistré devra avoir au moins un enfant à charge ou avoir atteint l'âge de 45 ans (art. 19, al. 1, let. a et b, LPP). Selon la nouvelle teneur de l'art. 20, al. 2, OPP 2, l'institution de prévoyance pourra réduire ses prestations si, ajoutées à celles des autres assurances (notamment AVS ou AI), elles dépassent le montant de la contribution d'entretien fixée par le jugement prononçant la dissolution du partenariat enregistré.

Article 24, al. 3

Comme le partenaire enregistré survivant est assimilé à un conjoint survivant et qu'il a droit à des prestations de survivant en cas de décès de son partenaire (art 19*a* LPP), il faut également tenir compte des revenus du partenaire enregistré lors du calcul de surindemnisation.

Article 27*c*, al. 1

Les conditions fixées pour le recours de l'institution de prévoyance contre le partenaire enregistré de l'assuré sont les mêmes que pour le recours contre le conjoint de l'assuré : le partenaire enregistré doit avoir provoqué l'événement assuré soit intentionnellement, soit par négligence grave.

Article 27*i*, al. 1, let. c

En cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'institution de prévoyance a la même obligation de conserver les pièces qu'en cas de divorce. En vue de l'exercice des droits de l'assuré en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, il est en effet indispensable de disposer des documents relatifs à la prestation de sortie (cf. art. 24, al. 3, LFLP).

4. Modification de l'Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)

Article 2, al. 1, let. b, ch. 1

Le partenaire enregistré survivant doit être traité de la même manière que le conjoint survivant, notamment dans le domaine de la prévoyance individuelle liée. Par conséquent, il doit avoir la même qualité de bénéficiaire que le conjoint survivant. Comme le partenariat enregistré exclut le mariage (art. 4, al. 4, et 26 LPart), il ne peut y avoir simultanément comme bénéficiaire un partenaire enregistré et un conjoint survivant.

Article 3, al. 6 (nouveau)

Jusqu'à présent, l'OPP 3 n'exigeait pas expressément le consentement écrit du conjoint ou du partenaire enregistré pour le versement anticipé des prestations de vieillesse du pilier 3a. Par contre, un tel consentement est déjà requis pour la mise en gage du pilier 3a : l'art. 4, al. 2, OPP 3 renvoie en effet à l'art. 331*d* CO qui exige l'accord écrit du conjoint ou du partenaire enregistré. Or, si le consentement est requis en cas de mise en gage, il doit l'être aussi a fortiori pour le versement anticipé qui a des répercussions au moins aussi importantes que la mise en gage. Rien ne justifie de

traiter le versement anticipé différemment de la mise en gage. La présente disposition permet d'harmoniser le 3e pilier avec le 2e pilier sur ce point. En effet, le consentement écrit du conjoint est expressément exigé en cas de versement anticipé pour le logement et en cas de versement en espèces de la prestation de sortie (cf. art. 30*c*, al. 5, LPP et art. 5, al. 2, LFLP). Le consentement écrit se justifie dans la mesure où il s'agit d'un retrait volontaire du pilier 3a en l'absence d'un cas de prévoyance (lettres c et d de l'al. 2 de l'art. 3 OPP 3 : commencement d'une activité indépendante, changement d'activité indépendante ou départ à l'étranger; al. 3 : versements anticipés pour le logement). Par contre, il n'y a pas lieu d'exiger le consentement écrit en cas de survenance du risque d'invalidité lorsque ce risque n'est pas assuré (art. 3, al. 2, let. a, OPP 3), car il ne s'agit pas d'un retrait volontaire dans ce cas-là, ni lorsque le capital du pilier 3a reste dans la prévoyance individuelle liée ou est transféré dans la prévoyance professionnelle pour financer des rachats (art. 3, al. 2, let. b, OPP 3), car l'assuré ne peut alors pas disposer librement de ce capital qui reste dans le cercle de la prévoyance. L'art. 79*a* LPP n'exige pas le consentement écrit du conjoint ou du partenaire enregistré pour effectuer des rachats.

Article 4, al. 4 (nouveau)

Les partenaires enregistrés sont en principe soumis à un régime analogue à celui de la séparation des biens (cf. art. 18 ss LPart et art. 247 ss CC ; Message du 29 novembre 2002 relatif à la LPart, FF 2003 pp. 1193 et 1220). Toutefois, les partenaires peuvent conclure une convention selon laquelle le partage des biens s'effectuera conformément aux **dispositions** régissant la dissolution du régime de la participation aux acquêts (cf. art. 25, al. 1, 2e phrase, LPart en relation avec les art. 204 ss CC). Afin de respecter l'égalité de traitement entre les partenaires enregistrés et les conjoints, il doit aussi y avoir une possibilité de cession du pilier 3a en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré lorsque les partenaires ont passé la convention susmentionnée.

Article 7, al. 2

Lorsque les deux partenaires enregistrés exercent une activité lucrative, chacun d'entre eux peut déduire ses propres cotisations pour le pilier 3a aux mêmes conditions que pour les deux époux actifs professionnellement.

563 Nouvelles lois sur le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral : conséquences sur la prévoyance professionnelle

La loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF[11]) et la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF[12]) entreront en vigueur le 1er janvier 2007[13]. Ces nouvelles lois entraîneront plusieurs modifications dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Les présentes indications tiennent aussi compte du projet d'ordonnance[14] de l'Assemblée fédérale concernant l'adaptation d'actes législatifs aux dispositions de la LTAF et de la LTF : ce projet d'ordonnance, qui introduit une nouvelle version des art. 53*d,* al. 6, et 74 LPP, sera soumis à l'approbation du Parlement lors de la session d'hiver 2006. Par ailleurs, la LTAF abroge l'al. 4 de l'art. 73 LPP et adapte l'al. 2 de l'art. 79 LPP.

Selon la LTAF, la Commission fédérale de recours LPP sera remplacée par le Tribunal administratif fédéral dès le 1er janvier 2007 (le siège provisoire sera à Berne en attendant l'installation définitive à Saint-Gall prévue pour 2010 ; adresse postale : Tribunal administratif fédéral, case postale, 3000 Berne 14, site internet : http://www.bj.admin.ch/bvger/fr/home.html). Les décisions des autorités fédérales et cantonales de surveillance[15], du fonds de garantie[16] et de l'institution supplétive[17]

11 RS **173.32**, RO **2006** 2197 ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale : FF **2001** 4000 ss.
12 RS **173.110**, RO **2006** 1205.
13 RO **2006** 1069
14 FF **2006** 7363 ; Message du Conseil fédéral du 6 septembre 2006 relatif à ce projet d'ordonnance : FF **2006** 7351.
15 Art. 74, al. 1, LPP et art. 33, let. d et i, LTAF.

pourront désormais faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, en lieu et place de la Commission fédérale de recours LPP. Le principe de la gratuité de la procédure sera maintenu pour les décisions relatives au droit de l'assuré d'être informé (art. 74, al. 2, LPP en relation avec l'art. 62, al. 1, let. e, LPP). Les décisions du Tribunal administratif fédéral pourront faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, comme c'est le cas jusqu'à présent pour les décisions de la Commission fédérale de recours LPP.

Selon la LTF, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) sera intégré formellement dans le Tribunal fédéral (TF) dès le 1er janvier 2007[18]. Actuellement, les décisions des tribunaux cantonaux peuvent faire l'objet d'un « recours de droit administratif » auprès du TFA d'après l'actuel art. 73, al. 4, LPP. A partir du 1er janvier prochain, les décisions des tribunaux cantonaux feront dorénavant l'objet d'un « recours en matière de droit public » devant le TF (cf. art. 86, al. 1, let. d, LTF qui remplace l'al. 4 abrogé de l'art. 73 LPP). Avec l'intégration du TFA dans le TF, les règles spéciales pour les litiges en matière d'assurances sociales seront supprimées : jusqu'à présent, selon l'actuel art. 132 OJ, dans les procédures de recours concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le TFA n'est pas lié par l'état de fait constaté par l'instance précédente, il peut s'écarter des conclusions des parties à l'avantage ou au détriment de celles-ci et son pouvoir d'examen n'est pas limité à la violation du droit fédéral (y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation) mais s'étend également à l'opportunité de la décision attaquée[19]. A partir du 1er janvier 2007, la cognition du TF se limitera aux questions de droit (art. 95 s LTF). Selon le nouvel art. 105, al. 1, LTF, le TF statuera sur la base des faits établis par l'instance précédente. Le TF sera donc en principe lié par l'état de fait établi par l'instance précédente en cas de recours concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance. Font notamment partie des faits[20] : constatation de l'existence d'une ou plusieurs atteintes à la santé entraînant une incapacité de travail partielle ou totale, degré de l'incapacité de travail, date de survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité, détermination des différentes périodes d'incapacités de travail, constatation d'une éventuelle interruption de l'incapacité de travail[21], constatation que l'atteinte à la santé qui est à l'origine de l'invalidité est la même que celle qui s'est déjà manifestée durant l'affiliation à l'institution précédente[22], détermination de la durée des rapports de travail et des périodes d'affiliation à une ou plusieurs institutions de prévoyance. (Comme actuellement, il y aura toujours lieu de tenir compte de l'effet contraignant de l'évaluation de l'invalidité effectuée par l'AI).

D'après l'art. 105, al. 2, LTF, le TF ne pourra rectifier ou compléter d'office les constatations de l'instance précédente que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Les faits établis dans la décision attaquée ne lieront donc pas le TF si l'instance précédente a commis un arbitraire lors de leur constatation, si elle a dérogé à une règle de procédure telle que le droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst) ou si elle a violé le droit matériel en n'établissant pas certains faits nécessaires à l'application de ce dernier, donc si l'état de fait est

---

16 Art. 33, let. h, LTAF.

17 Art. 33, let. h, LTAF.

18 Communiqué de presse du TF du 20 novembre 2006: http://www.bger.ch/fr/pressemitteilung_d_20-11-06.pdf

19 ATF 128 V 230 consid. 1b p. 233. Par contre, lorsque le recours n'a pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance au sens de l'art. 132 OJ, le TFA examine uniquement si l'instance précédente a violé le droit fédéral (y compris l'excès ou l'abus de son pouvoir d'appréciation) ou si les faits ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris des règles essentielles de procédure (cf. art. 104, let. a et b, OJ en relation avec l'art. 105, al. 2, OJ ; ATF 118 V 100 consid. 2 p. 103 ; ATF 120 V 299 consid. 1b p. 301).

20 Sur la distinction entre les faits et les questions de droit dans le domaine de l'assurance-invalidité, voir les arrêts du TFA des 28 septembre et 3 octobre 2006 dans les causes I 618/06 et I 614/06.

21 Ce fait est déterminant lors de l'examen de la connexité temporelle pour savoir quelle institution de prévoyance est tenue de verser des prestations lorsque la personne a été affilié à différentes institutions de prévoyance : la connexité temporelle implique qu'il ne se soit pas écoulé une longue interruption de l'incapacité de travail : ATF 120 V 112 consid. 2c p. 117 ; ATF 123 V 262 consid. 1c p. 265.

22 Ce fait est déterminant lors de l'examen de la connexité matérielle: ATF 120 V 112 consid. 2c p. 117 ; ATF 123 V 262 consid. 1c p. 265.

incomplet[23]. Selon l'art. 97, al. 1, LTF, le recours ne pourra critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, par exemple si l'instance précédente a violé le droit d'être entendu[24] ou si elle a violé le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui[25]. De plus, la correction du vice doit être susceptible d'influer le sort de la cause. Les présentes indications sont faites sous réserve des futurs développements de la jurisprudence à ce sujet.

De plus, la procédure devant le TF ne sera plus gratuite (art. 62 ss LTF). Pour les litiges relatifs aux prestations d'assurances sociales, les frais judiciaires seront fixés entre 200 et 1000 francs d'après l'art. 65, al. 4, let. a, LTF (selon l'art. 134 OJ actuellement en vigueur, le TFA ne peut imposer, en règle générale, des frais de procédure aux parties en matière d'octroi ou de refus de prestations d'assurance). L'assistance judiciaire pourra être accordée si une partie ne dispose pas de ressources suffisantes et si ses conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec (art. 64 LTF).

L'OFAS aura la possibilité d'interjeter un recours auprès du TF tant contre les décisions du Tribunal administratif fédéral que contre les décisions des tribunaux cantonaux d'après l'art. 4*a*, al. 2, OPP 1[26] et l'art. 89, al. 2, let. a, LTF qui remplace la disposition abrogée de l'art. 103, let. b, OJ (jusqu'à présent, l'OFAS pouvait recourir au TFA contre les décisions des tribunaux cantonaux et au TF contre les décisions de la Commission fédérale de recours LPP).

Par ailleurs, le président de la cour compétente du Tribunal administratif fédéral ou le juge instructeur (à la place du président de la Commission fédérale de recours LPP) statuera sur un éventuel effet suspensif du recours contre une décision de l'autorité de surveillance relative à la liquidation et au plan de répartition (art. 53*d*, al. 6, LPP). Quant au recours contre les prononcés d'amendes, il devra dorénavant être adressé au Tribunal administratif fédéral en lieu et place de la Commission fédérale de recours LPP (art. 79, al. 2, LPP).

Nous publions ci-après la nouvelle teneur des art. 53*d* al. 6, 73, 74, 79 al. 2 LPP, 4*a* OPP 1, 33 LTAF, 86, 89, 95, 97 et 105 LTF. Toutefois, seule la version publiée au Recueil officiel fait foi :

Art. 53*d*, al. 6, LPP

[6] Les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur demander de rendre une décision. Un recours contre la décision de l'autorité de surveillance n'a d'effet suspensif que si le président de la cour compétente du Tribunal administratif fédéral ou le juge instructeur le décide, d'office ou sur requête du recourant. En l'absence d'effet suspensif, la décision du Tribunal administratif n'a d'effet qu'à l'avantage ou au détriment du recourant.

Art. 73 LPP Contestations et prétentions en matière de responsabilité

[1] Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent:

a. pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4, al. 1, et 26, al. 1, LFLP[27];

b. pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82, al. 2;

---

23 Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale : FF **2001** 4141.
24 Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale : FF **2001** 4135.
25 Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale : FF **2001** 4136.
26 RS **831.435.1** ; modification du 8 novembre 2006.
27 RS **831.42**

c. pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52;

d. pour le droit de recours selon l'art. 56*a*, al. 1.

[2] Les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite; le juge constatera les faits d'office.

[3] Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé.

Alinéa 4 : abrogé

Art. 74 LPP Tribunal administratif fédéral

[1] Les décisions des autorités de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

[2] La procédure de recours contre les décisions fondées sur l'art. 62, al. 1, let. e, est gratuite pour les assurés sauf si la partie recourante agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté.

Art. 79, al. 2, LPP

[2] Les prononcés d'amendes peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

Art. 4*a* OPP 1 Recours et communication des décisions

[1] Les décisions des tribunaux cantonaux selon les art. 73, al. 1, LPP ou 89bis, al. 6, du code civil[28], ainsi que les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de prévoyance professionnelle, doivent être communiquées sans délai et sans frais à l'Office fédéral des assurances sociales.

[2] L'Office fédéral des assurances sociales a qualité pour former un recours devant le Tribunal fédéral contre des décisions rendues par les tribunaux cantonaux et le Tribunal administratif fédéral.

Art. 33 LTAF Autorités précédentes

Le recours est recevable contre les décisions:

a. du Conseil fédéral et des organes de l'Assemblée fédérale, en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération, y compris le refus d'autoriser la poursuite pénale;
b. du Conseil fédéral concernant la révocation d'un membre du conseil de banque ou de la direction générale ou d'un suppléant sur la base de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale;
c. du Tribunal pénal fédéral en matière de rapports de travail de ses juges et de son personnel;
d. de la Chancellerie fédérale, des départements et des unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées;
e. des établissements et des entreprises de la Confédération;
f. des commissions fédérales;
g. des tribunaux arbitraux fondées sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements ou ses entreprises;
h. des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées;
i. d'autorités cantonales, dans la mesure où d'autres lois fédérales prévoient un recours au Tribunal administratif fédéral.

Art. 86 LTF Autorités précédentes en général

[1] Le recours est recevable contre les décisions:

a. du Tribunal administratif fédéral;

[28] RS **210**

b. du Tribunal pénal fédéral;
c. de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision;
d. des autorités cantonales de dernière instance, pour autant que le recours devant le Tribunal administratif fédéral ne soit pas ouvert.

[2] Les cantons instituent des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

[3] Pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal.

Art. 89 LTF Qualité pour recourir

[1] A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque:

a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

2 Ont aussi qualité pour recourir:

a. la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoie, les unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attributions;
b. l'organe compétent de l'Assemblée fédérale en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération;
c. es communes et les autres collectivités de droit public qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale;
d. les personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours.

[3] En matière de droits politiques (art. 82, let. c), quiconque a le droit de vote dans l'affaire en cause a qualité pour recourir.

Art. 95 LTF Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation:

a. du droit fédéral;
b. du droit international;
c. de droits constitutionnels cantonaux;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires;
e. du droit intercantonal.

Art. 97 LTF Etablissement inexact des faits

[1] Le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause.

[2] Si la décision attaquée concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le recours peut porter sur la constatation incomplète ou erronée des faits[29].

[29] RO **2006** p. 2005

Art. 105 LTF Faits déterminants

[1] Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente.

[2] Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95.

[3] Lorsque la décision attaquée concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces, de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le Tribunal fédéral n'est pas lié par les faits établis par l'autorité précédente[30].

564 Aucune restriction quant à la possibilité d'exiger un versement anticipé pour l'acquisition du logement

Il est parvenu ces derniers temps à l'OFAS des demandes d'information quant à savoir s'il n'était plus possible de faire valoir un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle à partir du 1er janvier 2007, respectivement au 1er juin 2007. Aucune nouvelle réglementation touchant au versement anticipé n'est prévue et la réglementation actuellement en vigueur est donc toujours valable.

Jurisprudence

565 Suspension de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pendant l'exécution d'une peine / compensation des montants touchés en trop par les rentes dues à l'avenir

(Référence à l'arrêt du TFA du 31 août 2006, cause Fondation de prévoyance de X. SA contre K., B 63/05, arrêt en allemand)

(Art. 21, al. 5, LPGA et art. 35a LPP, respectivement art. 62 ss et 120 ss CO)

K. touchait depuis le 1er juin 1996 une rente d'invalidité entière de la prévoyance professionnelle obligatoire de la fondation de prévoyance de X. SA. Du 22 mai 2000 au 31 mars 2002, il a purgé une peine privative de liberté, ce qui a conduit l'AI à suspendre le paiement de sa rente pendant cette période. Après avoir commencé par continuer de payer la rente, P., en sa qualité de réassureur pour la fondation de prévoyance de X. SA, a également suspendu ses paiements dès le 1er janvier 2002 et a communiqué à K. qu'il allait compenser les montants versés en trop par les rentes dues dès le 1er avril 2002.

Par la suite, K., représenté par le service social de Trimbach, a agi contre la fondation de prévoyance de X. SA devant le Tribunal des assurances du canton d'Argovie en concluant principalement à ce que la rente lui soit versée sans suspension et subsidiairement à ce que la compensation soit admise seulement dans une proportion ne touchant pas son minimum vital. Le Tribunal des assurances a admis les conclusions principales de K. et a condamné la défenderesse au paiement des prestations légales et réglementaires également pour la durée de l'exécution de la peine. La fondation de prévoyance de X. SA a interjeté un recours de droit administratif contre ce jugement.

Le Tribunal fédéral des assurances a commencé par examiner si la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pouvait être suspendue pendant l'exécution d'une peine privative de liberté. Il n'y a aucune prescription sur la suspension éventuelle des rentes pendant l'exécution d'une peine ni dans la LPP ni dans le règlement de la recourante. Quant à l'art. 21, al. 5, LPGA, qui prévoit la possibilité d'une suspension des prestations pendant l'exécution d'une mesure, il n'est pas applicable parce que la LPGA entrée en vigueur le 1er janvier 2003 ne s'applique en principe pas au domaine de la

[30] RO **2006** p. 2005

prévoyance professionnelle et qu'au surplus, les faits du cas d'espèce se sont produits avant l'entrée en vigueur de la LPGA. Cependant, au vu de la jurisprudence de l'ATF 113 V 273, antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA, la rente d'invalidité du domaine de la prévoyance professionnelle peut elle aussi être suspendue car l'argumentation de l'ancienne jurisprudence selon laquelle le détenu invalide – également en comparaison avec les détenus non invalides – n'est pas censé tirer un avantage économique de l'exécution d'une peine est valable de la même manière pour les rentes d'invalidité du 1er et du 2e pilier. L'élément déterminant est qu'une personne condamnée soit empêchée d'exercer une activité lucrative en raison de l'exécution de sa peine. C'est uniquement dans la mesure où le mode d'exécution de la peine offre la possibilité d'exercer une activité lucrative qu'il n'est pas opportun de suspendre le droit du détenu invalide à sa rente car, dans cette hypothèse, celui-ci n'est empêché d'exercer une activité lucrative que pour des motifs de santé.

Le TFA a ensuite examiné la question de l'admissibilité et de l'ampleur de la demande en remboursement par compensation. Comme les faits se sont produits avant l'entrée en vigueur de l'art. 35a LPP, le remboursement de prestations doit intervenir en premier lieu selon le règlement applicable et subsidiairement selon les prescriptions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Dans la mesure où le règlement de la recourante prévoit expressément un remboursement des prestations payées en trop, où la créance de l'intimé en paiement de la rente et celle de la recourante en remboursement des rentes payées en trop sont de même espèce au sens de l'art. 120, al. 1, CO et où la créance en remboursement n'était pas prescrite au moment de la compensation, la demande de remboursement par compensation était admissible.

Cependant, l'ampleur de la compensation n'était pas admissible car, selon une jurisprudence constante, les institutions des assurances sociales n'ont le droit de compenser leurs créances par des prestations d'assurance que dans une mesure qui ne touche pas au minimum vital de la personne assurée. La recourante a compensé sa créance en remboursement par les prestations sous forme de rente à nouveau dues après l'exécution de la peine sans égard au minimum vital à telle enseigne que l'intimé s'est retrouvé dans le besoin et a dû recourir à l'aide sociale. Le recours de droit administratif est ainsi admis dans le sens où le jugement de l'instance inférieure est annulé et où la cause est renvoyée au Tribunal des assurances du canton d'Argovie pour nouveau jugement au sens des considérants après un complément d'instruction.

Erratum

566 Bulletin de la prévoyance professionnelle no 94, chiffre 553 : Fonds de garantie LPP ; taux de cotisation pour l'année 2007

L'échéance de paiement des cotisations au Fonds de garantie n'est pas fixée à fin juin 2007, comme indiqué par erreur dans le deuxième alinéa, mais à fin juin 2008.

Annexe

Chiffres repères de la prévoyance professionnelle

Département fédéral de l'intérieur DFI

Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

	2006		2007	
Age de la retraite LPP :	**65** ans (hommes, nés en 1941)	**64** ans[1] (femmes, nées en 1942 qui n'ont pas pris la retraite ni en 2004, ni en 2005)	**65** ans (hommes, nés en 1942)	**64** ans (femmes, nées en 1943)
1. Rente de vieillesse annuelle de l'AVS				
minimale	12'900		13'260	
maximale	25'800		26'520	
2. Salaire annuel des actifs				
Seuil d'entrée; salaire minimal	19'350		19'890	
Déduction de coordination	22'575		23'205	
Salaire maximal formateur de rente LPP	77'400		79'560	
Salaire coordonné minimal	3'225		3'315	
Salaire coordonné maximal	54'825		56'355	
3. Avoir de vieillesse (AV)				
Taux d'intérêt minimal LPP	2,50%		2,50%	
AV min. à l'âge de retraite LPP	13'860	14'163	14'632	14'982
en % du salaire coordonné	429,8%	439,2%	441%	452%
AV max. à l'âge de retraite LPP	222'868	227'678	235'838	241'408
en % du salaire coordonné	406,5%	415,3%	419%	428%
4. Rentes annuelles de vieillesse et expectatives de survivants du rentier resp. de la rentière				
Taux de conversion en rente à l'âge de la retraite LPP	7,10%	7,2%	7,10%	7,15%
Rente min. à l'âge de la retraite LPP	984	1'020	1'039	1'071
– en % du salaire coordonné	30,5%	31,6%	31,3%	32,3%
Rente min. expectative de veuve, de veuf	590	612	623	643
Rente min. expectative d'orphelin	197	204	208	214
Rente max. à l'âge de la retraite LPP	15'824	16'393	16'745	17'261
– en % du salaire coordonné	28,9%	29,9%	29,7%	30,6%
Rente max. expectative de veuve, de veuf	9'494	9'836	10'047	10'357
Rente max. expectative d'orphelin	3'165	3'279	3'349	3'452
5. Versement en espèces des prestations				
Montant-limite de l'AV pour le versement en espèces	18'100	17'900	18'600	18'500
6. Adaptation au renchérissement des rentes de risque LPP avant la retraite				
pour la première fois après une durée de 3 ans	2,8%		3,1%	
après une durée supplémentaire de 2 ans	-		2,2%	
après une durée supplémentaire de 1 an	-		0,8%	
7. Cotisations au Fonds de garantie				
au titre de subsides pour structure d'âge défavorable	0,07%		0,07%	
au titre de prestations pour insolvabilité et d'autres prestations	0,03%		0,02%	
Limite du salaire maximale pour la garantie des prestations	116'100		119'340	
8. Prévoyance professionnelle obligatoire des personnes au chômage				
Salaire journalier minimal	74,30		76,40	
Déduction de coordination journalière	86,70		89,10	
Salaire journalier maximal	297,25		305,55	
Salaire journalier assuré (coordonné) minimal	12,40		12,75	
Salaire journalier assuré (coordonné) maximal	210,55		216,40	
9. Montants-limites non imposables du pilier 3a des actifs				
Montant-limite supérieur du pilier 3a, si affiliation au 2e pilier	6'192		6'365	
Montant-limite supérieur du pilier 3a, sans affiliation au 2e pilier	30'960		31'824	

1 En 2006, seules quelques femmes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative après l'âge de 62 ans atteint en 2004 peuvent atteindre la retraite à l'âge de 64 ans (62 ans était l'âge de retraite légal dans la LPP jusqu'en 2004).

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

Chiffres repères dans la prévoyance professionnelle

Les données annuelles dès 1985 peuvent être obtenues
par e-mail : marie-claude.sommer@bsv.admin.ch ou par tél. au 031/322.90.52

Brève explication des chiffres repères :	**art.**
1. La rente AVS minimale correspond à la moitié de la rente AVS maximale.	34 LAVS 34 al. 3 LAVS
2. Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur au salaire minimal annuel (= déduction de coordination jusqu'en 2004) sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit leur 17ème anniversaire et pour la vieillesse dès le 1er janvier qui suit leur 24ème anniversaire. Dès le 1.1.2005, le seuil d'entrée correspond aux ¾ de la rente AVS maximale, la déduction de coordination aux 7/8, le salaire coordonné minimal au 1/8 et le salaire coordonné maximal aux 17/8 de la rente AVS maximale.	2 LPP 7 al. 1 et 2 LPP 8 al. 1 LPP 8 al. 2 LPP 46 LPP
3. Du fait du relèvement de l'âge de la retraite des femmes à 64 ans en 2005, ce sont les femmes nées en 1942 qui ont poursuivi leur activité lucrative qui atteignent la retraite en 2006, à l'âge de 64 ans. L'avoir de vieillesse comprend les bonifications de vieillesse accumulées durant la période d'affiliation à la caisse de pension et celui versé par les institutions précédentes, avec les intérêts (taux d'intérêt minimal de 4% de 1985 à 2002, de 3,25% en 2003, de 2,25% en 2004, de 2,5% en 2005 à 2007).	15 LPP 16 LPP 12 OPP2 13 al. 1 LPP 62a OPP2
4. La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse (taux de conversion) que l'assuré a acquis à l'âge de la retraite. Rente de vieillesse LPP minimale resp. maximale : droit aux prestations qu'a une personne assurée sans interruption depuis 1985, pour un salaire coordonné toujours minimal resp. toujours maximal. La rente de veuve resp. de veuf s'élève à 60% et la rente d'enfant à 20% de la rente de vieillesse. Les prestations risque sont calculées sur la base de l'avoir de vieillesse acquis et projeté jusqu'à l'âge de retraite. Pour les femmes, dès 2005, l'avoir de vieillesse est projeté jusqu'à l'âge de 64 ans, nouvel âge de retraite.	14 LPP 62c OPP2 et dispo. transitoires let. a 18, 19, 21, 22 LPP 18, 20, 21, 22 LPP
5. A la place d'une rente, l'institution de prévoyance peut verser une prestation en capital lorsque la rente de vieillesse ou d'invalidité est inférieure à 10 % de la rente de vieillesse minimale de l'AVS resp. inférieure à 6 % pour la rente de veuve et de veuf et à 2 % pour la rente d'orphelin. Dès 2005, l'assuré peut demander le quart de son avoir de vieillesse LPP sous forme de capital.	37 al. 3 LPP 37 al. 2 LPP
6. Les rentes de risque, à savoir les rentes de survivants et les rentes d'invalidité, sont obligatoirement adaptées au renchérissement jusqu'à 64 ans pour les femmes resp. 65 pour les hommes. Ces rentes sont adaptées à l'évolution des prix pour la première fois après une durée de 3 ans, au début de l'année civile suivante. Les adaptations suivantes sont effectuées à la même date que celles des rentes de l'AVS.	36 al. 1 LPP
7. Le fonds de garantie assume entre autres la tâche suivante : il garantit, jusqu'à une limite maximale de salaire, les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables (www.sf.bvg.ch).	14, 18 OFG 15 OFG 16 OFG 56 al. 1c, 2 LPP
8. Dès le 1.1.1997, les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance chômage sont soumis à l'assurance obligatoire de la PP en ce qui concerne les risques de décès et d'invalidité. Les montants-limites prévus aux articles 2, 7 et 8 LPP doivent être convertis en montants journaliers. Ils s'obtiennent en divisant les montants-limites annuels par 260,4.	2 al. 3 LPP 40a OACI
9. Montants maximaux selon l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance : contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires.	7 al. 1 OPP3

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI

Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

18 décembre 2006

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96

Indications

567 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE / Convention AELE - Versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

Indications

567 Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE / Convention AELE - Versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse

1 Généralités

Conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes[1] (art. 8 et annexe II), ce sont principalement les règlements (CEE) n° 1408/71[2] et n° 574/72[3] qui s'appliquent à la sécurité sociale suisse, donc à la prévoyance professionnelle. Ces règlements ne visent toutefois que la prévoyance obligatoire. Pour ce qui est de la prévoyance surobligatoire, c'est la directive 98/49/CE[4] qui s'applique (cf. ch. 4 ci-dessous).

Les principes fondamentaux sur lesquels sont fondés les règlements (CEE) n° 1408/71 et n° 574/72 - notamment l'égalité de traitement et l'exportation des prestations - ne posent pas de problème particulier puisque la LPP n'est pas discriminatoire et qu'elle ne contient aucune disposition imposant le paiement des rentes sur le seul territoire suisse. Le versement en espèces de la prestation de libre passage en cas de départ définitif de Suisse subira en revanche quelques restrictions.

2 Le versement en espèces de la prestation de libre passage lorsque l'assuré quitte définitivement la Suisse (art. 5, al. 1, let. a, LFLP)

Le droit communautaire aura des implications notables sur le versement en espèces de la prestation de libre passage (art. 5, al. 1, let. a, LFLP). Le règlement (CEE) n° 1408/71 (art. 10, al. 2) interdit en effet le versement en espèces lorsque **l'assuré qui quitte la Suisse est assujetti à l'assurance obligatoire d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE**[5]. Il en résulte que la partie obligatoire de la prestation de sortie devra être déposée sur une police ou sur un compte de libre passage. Ces restrictions entreront en vigueur le 1er juin 2007, soit à l'échéance d'un délai transitoire de 5 ans à compter de l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes. A noter que c'est **la date du départ définitif de Suisse** qui déterminera la réglementation applicable au versement espèces[6].

Si la personne concernée n'est pas assujettie à l'assurance obligatoire d'un Etat membre de l'UE (la preuve doit en être apportée par l'intéressé) ou si la prestation est utilisée à des fins d'acquisition d'un logement, il y aura toujours la possibilité d'un versement en espèces. Quant à la partie surobligatoire de la prestation, elle pourra toujours être versée en espèces, aux mêmes conditions qu'actuellement (cf. ch. 4 ci-dessous), ce qui implique que les institutions de prévoyance, les institutions d'assurance et les fondations bancaires doivent être en tout temps en mesure de déterminer la part obligatoire et la part surobligatoire de la prestation de libre passage.

Ainsi, et pour résumer, le versement en espèces de la part obligatoire de la prestation de libre passage conformément à l'art. 5, al. 1, let. a, LFLP sera soumis à la double condition que l'assuré ait quitté définitivement la Suisse et qu'il ne soit pas assujetti à l'assurance-pensions obligatoire d'un état membre de l'UE ou de l'AELE.

1 RS 0.142.112.681
2 RS 0.831.109.268.1
3 RS 0.831.109.268.11
4 JO L 209 du 25.7.1998, p. 46
5 S'agissant du Liechtenstein, il suffit que la personne concernée y réside pour exclure le versement en espèces.
6 En ce qui concerne les Etats membres de l'UE, voir le Protocole à l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, sous la rubrique « Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ». En ce qui concerne l'Islande et la Norvège, voir la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange, Annexe K, Appendice 2, Protocole 1 sous la rubrique « Prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ». En ce qui concerne le Lichtenstein, voir l'art. 1 de la Deuxième Convention du 29 novembre 2000 complémentaire à la Convention de sécurité sociale du 8 mars 1989 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein (RS 0.831.109.514.13).

2.1 Le départ définitif de Suisse

La loi ne définit pas la notion de départ définitif de Suisse. Le message relatif à la LPP (FF 1976 I 117) a, il est vrai, mentionné à titre d'exemple qu'« il suffit, pour attester d'un départ définitif de Suisse, d'exiger des étrangers une attestation de retrait des papiers déposés en Suisse, et des Suisses la présentation de documents prouvant l'aboutissement de démarches entreprises à l'étranger en vue de s'y établir » (ch. 521.4).

Si ces critères ont le mérite de la simplicité, ils ne sont en revanche plus adaptés à la réalité de la situation. D'abord, l'accord sur la libre circulation des personnes prévoit l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et ressortissants d'un Etat membre de l'UE/AELE. Mais surtout, la pratique a montré qu'il était nécessaire de fixer des critères plus précis (cf. notamment les bulletins LPP N° 1 et 78).

C'est toutefois sciemment que l'on a renoncé à établir un catalogue de critères. Il n'existe en effet pas de critères exhaustifs sur lesquels les institutions de prévoyance pourraient fonder une procédure uniforme et obligatoire en la matière. Les institutions de prévoyance sont ainsi primairement compétentes pour déterminer quels sont les documents que l'assuré doit produire afin de démontrer la réalité de son départ définitif de Suisse ; elles sont également compétentes pour apprécier, le cas échéant, la valeur probante d'autres documents que pourrait présenter l'assuré. Il est donc important qu'elles disposent d'une certaine marge de manœuvre. Cela étant, aussi longtemps qu'une personne n'a pas élu domicile à l'étranger, elle reste domiciliée en Suisse ; ainsi, les institutions de prévoyance doivent, pour effectuer le versement en espèces, s'assurer que l'affilié a bien élu domicile à l'étranger. Il convient encore de préciser que l'assuré doit quitter définitivement la Suisse pour s'établir dans un Etat membre de l'UE, en Islande, au Liechtenstein ou en Norvège, et non dans un état tiers, par exemple au Brésil ou au Japon.

Si l'assuré réside dans un Etat tiers mais reste assuré obligatoirement dans un Etat membre de l'UE/AELE, il ne peut pas bénéficier du paiement en espèces de la prestation de sortie (p.ex. un assuré prend domicile au Maroc et travaille en Espagne). Ce n'est pas l'Etat de résidence qui est déterminant, mais le lieu de l'affiliation obligatoire à un régime national de sécurité sociale.

2.2 Le non-assujettissement à l'assurance-pension d'un état membre de l'UE ou de l'AELE

Comme toute preuve négative, la preuve du non-assujettissement à l'assurance pensions d'un Etat de l'UE ou de l'AELE est difficile à apporter. Cela étant, c'est à l'(ex-)assuré de démontrer, de façon vraisemblable, qu'il n'est pas assujetti. Et c'est à l'institution de prévoyance compétente d'apprécier les éléments apportés par son (ex-)assuré. Pour laisser à ladite institution une marge d'appréciation suffisante, il a été jugé préférable de renoncer à établir un document unique - du genre formulaire - qui devrait être utilisé systématiquement et obligatoirement. A noter que si l'intéressé produit une attestation d'assujettissement ou de non-assujettissement émise par l'autorité compétente de l'Etat où il s'est établi, cette attestation liera l'institution de prévoyance suisse. Celle-ci pourra alors procéder au versement en espèces sans courir

le risque de devoir repayer des prestations si l'information s'avère inexacte par la suite (ce risque peut en revanche exister si l'institution a effectué un paiement à la légère, c.-à-d. sans prendre les précautions nécessaires).

Afin de faciliter l'établissement de la preuve de non-assujettissement pour les assurés qui souhaitent résider en Espagne ou au Portugal, un arrangement administratif a été conclu entre le fonds de garantie LPP et les organismes de liaisons de ces deux Etats. L'assuré dépose auprès du fonds de garantie une demande d'instruction de l'obligation de s'assurer. Trois mois à compter de la date du départ de Suisse, ladite demande est transmise à l'organisme de liaison étranger qui atteste ou non de

l'assujettissement de la personne dans son système national de sécurité sociale. Le fonds de garantie transmet l'attestation à l'institution de prévoyance compétente, qui peut le cas échéant procéder au paiement.

Dans tous les cas, l'institution de prévoyance peut s'adresser au fonds de garantie pour avoir des précisions ou des éclaircissements sur les documents produits. En effet, le fonds de garantie, en tant qu'organisme de liaison, est tenu d'assurer la coordination avec les institutions étrangères et peut, à ce titre, leur demander des renseignements particuliers.

3 Le transfert transfrontalier de l'avoir de prévoyance

Compte tenu du principe de la territorialité, les institutions de prévoyance visées dans la LFLP sont des institutions suisses exclusivement. Il en résulte que le transfert de la prestation de sortie visée à l'art. 3, al. 1, LFLP ne peut avoir lieu qu'entre institutions de prévoyance suisses : le transfert vers une institution étrangère n'est pas autorisé, exception faite des institutions de prévoyance liechtensteinoises (art. 1 de la Deuxième Convention complémentaire à la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Liechtenstein[7]). Inversement, les avoirs de prévoyance accumulés à l'étranger ne peuvent pas être transférés tels quels une institution de prévoyance ou de libre passage suisse. A cet égard, il faudra tenir compte, le cas échéant, des dispositions relatives au rachat.

4 La prévoyance surobligatoire et le pilier 3a

La prévoyance surobligatoire est régie par la directive 98/49/CE. Aux termes de cette dernière, les "Etats membres prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer le maintien des droits à pension acquis aux affiliés d'un régime complémentaire de pensions pour lesquels des cotisations ne sont plus versées à ce régime du fait qu'ils ont quitté un Etat membre pour un autre, à un niveau comparable à celui dont bénéficient les affiliés pour lesquels des cotisations ne sont plus versées mais qui restent dans le même Etat membre (…)" (art. 4).

Le droit suisse est conforme à cette directive dès lors qu'il garantit le maintien des droits acquis sous forme de pension (versement de la prestation sur un compte ou une police de libre passage bloqués, puis droit à une rente le moment venu), la prestation en espèces ne constituant qu'une exception dont l'assuré peut bénéficier à sa demande.

Quant au pilier 3a, il n'entre pas dans le champ d'application matériel des instruments européens applicables à la Suisse. Rien n'empêche donc un versement en espèces des prestations lorsque l'assuré quitte la Suisse.

En bref, cela signifie que la part surobligatoire de la prestation de sortie de même que les prestations du pilier 3a peuvent être versées en espèces en cas de départ définitif de Suisse.

5 La situation des travailleurs indépendants

Comme les salariés, les travailleurs indépendants assurés (facultativement) dans le deuxième pilier peuvent actuellement recevoir leur prestation de sortie en espèces lorsqu'ils quittent la Suisse.

Avec les dispositions du droit communautaire, les salariés qui s'établissent à leur propre compte en Suisse pourront toujours recevoir leur prestation de sortie en espèces. En revanche, s'ils quittent la Suisse et s'établissent à leur compte dans un pays membre de l'UE/AELE, ils n'auront - comme les

[7] RS 0.831.109.514.13

salariés - la possibilité de percevoir leur prestation de sortie en espèces que dans la mesure où ils ne sont pas affiliés à titre obligatoire à l'assurance-pensions du pays en question.

6 La situation des travailleurs frontaliers

Les personnes qui s'établissent à l'étranger ou qui y sont déjà établies tout en ayant une activité lucrative en Suisse, que ce soit une activité salariée ou indépendante, ne sont pas considérées comme ayant quitté la Suisse ; elles n'ont donc pas droit au versement en espèces de la part obligatoire de leur prestation de libre passage.

Toutefois, le frontalier qui cesse son activité salariée en Suisse pour y entamer une activité indépendante peut bénéficier du paiement en espèces de la prestation de sortie, au même titre qu'une personne dans la même situation, mais qui réside en Suisse.

7 La situation des employés d'organisations internationales ou de représentations diplomatiques

Les personnes qui travaillent en Suisse pour le compte d'une organisation internationale ou d'une représentation diplomatique et qui, à ce titre, ne sont pas affiliées à l'AVS ni donc à la prévoyance professionnelle, peuvent prétendre au versement en espèces de l'entier de leur prestation de libre passage si elles s'établissent à l'étranger. En revanche, si elles demeurent en Suisse, le versement en espèces de la prestation de libre passage - parts obligatoire et surobligatoire - ne sera pas possible, car on ne peut pas considérer qu'elles ont quitté la Suisse définitivement.

8 Le versement anticipé de la prestation de libre passage en vue de l'acquisition d'un logement

Une personne quittant la Suisse pour s'établir dans un pays de l'UE ou de l'AELE ou qui est déjà installée dans ce pays aura toujours droit aux prestations en vue de l'acquisition d'un logement (art. 30a ss LPP) car l'accord sur la libre circulation des personnes n'a pas d'effets sur l'encouragement à la propriété du logement. Il sera donc toujours possible de toucher sa prestation de libre passage en espèces, aux conditions prévues par la loi, afin d'acquérir un logement à l'étranger (cf. FF 1999 5440, ch. 273.233.3).

9 Le champ d'application personnel de la réglementation

Les art. 5, al. 1, et 25*f* LFLP s'appliquent, selon leur lettre, aux assurés en général et non, comme c'est le cas par exemple des art. 25*b* et 25*c* LFLP, aux seuls ressortissants des Etats parties aux accords bilatéraux. Il s'ensuit que l'ensemble de la réglementation relative au paiement en espèces de la prestation de sortie en cas de départ définitif de Suisse s'appliquera sans égard à la nationalité de la personne concernée.

10 L'élargissement de l'UE et l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes

Le 1er mai 2004, dix nouveaux pays sont entrés dans l'UE. Il s'agit de Chypre, de l'Estonie, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de la Pologne, de la République tchèque, de la Slovaquie et de la Slovénie. Le champ d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes a été étendu à ces nouveaux Etats, avec effet au 1er avril 2006. Depuis cette date, lesdits Etats bénéficient

donc, en ce qui concerne leurs relations avec la Suisse, du même traitement que les anciens Etats. Cela signifie notamment que l'interdiction du versement en espèces de la prestation de libre passage s'appliquera à eux comme elle s'applique aux anciens Etats et dès la même date, c'est-à-dire dès le 1er juin 2007.

A compter du 1er janvier 2007, la Bulgarie et la Roumanie seront des Etats membres de l'UE. Toutefois, l'accord sur libre circulation des personnes ne sera pas étendu à ces deux pays ; ils doivent être considérer comme des Etats tiers, tant que les Etats parties à l'accord sur la libre circulation des personnes n'en ont pas décidé autrement.

Autres bulletins LPP traitant du versement en espèces de la prestation de sortie selon l'art. 5, al. 1, let. a, LFLP

- *N° 85, ch 490*
- *N° 78, ch 463*
- *N° 61, ch 373*
- *N° 52*
- *N° 1, ch 4*

Quelques liens Internet intéressants

http://www.bsv.admin.ch (OFAS)

http://www.sfbvg.ch (Fonds de garantie LPP)

http://www.europa.admin.ch (Bureau de l'intégration)

http://europa.eu (Union européenne), en particulier

http://ec.europa.eu/employment_social/social_security_schemes/index_fr.htm

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

15 février 2007

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 97

Indications

568 Rectificatif apporté au Bulletin n°91, ch. marg. 527 : Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse

569 Activité de l'expert agréé auprès d'institutions collectives

570 Attestation de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle conformément à l'art. 53, al. 2, LPP (formulaire)

Jurisprudence

571 Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et institution de droit public

572 Divorce et refus du partage des prestations de sortie

573 Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et citation en conciliation devant un juge incompétent à raison de la matière

574 Modification de l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement

575 Voies de droit en cas de litige concernant un contrat de reprise d'effectif éventuellement entaché d'erreurs mais approuvé avec force de chose jugée par l'autorité de surveillance

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

07.012

Indications

568 Rectificatif apporté au Bulletin n°91, ch. marg. 527 : Transmission de l'information sur les rachats dans les cas de libre passage et après le versement de prestations de vieillesse

Un groupe de travail institué par la commission mixte Confédération/cantons, qui regroupe, en plus de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), des représentants de la Conférence des autorités cantonales de surveillance de la prévoyance professionnelle et des fondations, de la Conférence suisse des impôts et de la Chambre suisse des actuaires-conseils, a élaboré une solution commune dont les institutions de prévoyance tiendront compte lors de l'application de l'art. 79*b* LPP (rachat). Cette position, présentée ci-dessous, a été approuvée par la totalité des autorités et organisations présentes. Elle rectifie celle du Bulletin de la prévoyance n°91, ch. marg. 527 pour ce qui touche aux devoirs d'information.

– A la sortie d'une institution de prévoyance (libre passage en vertu de l'art. 79*b*, al. 3, LPP)

Le principe applicable est le suivant : le délai de trois ans, mentionné à l'art. 79*b*, al. 3, LPP, en raison d'un rachat effectué dans l'institution de prévoyance précédente, doit aussi être respecté après le transfert du capital à la nouvelle institution de prévoyance ou, le cas échéant, à l'institution de libre passage. La personne assurée confirme par écrit sur un formulaire de demande de versement de capital qu'elle n'a procédé à aucun rachat durant les trois ans précédant sa sortie de l'institution de prévoyance. L'institution de prévoyance devrait alors pouvoir compter sur l'exactitude des indications fournies par la personne assurée et exiger d'elle qu'elle assume ses responsabilités. Les devoirs d'information spécifiques attribués à l'ancienne institution de prévoyance qui figuraient dans le bulletin de la prévoyance professionnelle no 91, sous chiffre 527, peuvent dès lors être supprimés. Les autorités fiscales ont la possibilité de demander au contribuable de présenter cette déclaration. Lorsque l'organe de contrôle de l'institution de prévoyance vérifie que la gestion et les règlements sont conformes à la loi, il s'assure aussi que celle-ci a introduit les formulaires requis pour la déclaration et qu'elle les utilise.

– Poursuite du rapport d'assurance et rachat lorsque la personne a pris sa retraite

Si une personne qui a pris une retraite anticipée, mais reste active ou le redevient, souhaite racheter la totalité des prestations réglementaires, elle peut le faire à la seule condition que, dans le calcul du montant nécessaire au rachat, il soit tenu compte de l'avoir de vieillesse dont elle disposait au moment de la prise de retraite anticipée. L'obligation de prendre ce montant en compte découle premièrement du principe d'adéquation de la prévoyance professionnelle et, deuxièmement, du constat que, dans le cas d'une retraite anticipée avec poursuite d'une activité, il s'agit en fait d'un libre passage, raison pour laquelle la prestation de vieillesse doit être traitée matériellement comme une prestation de libre passage. En principe, les autorités fiscales sont à même de reconnaître ces situations sur la base de leur documentation.

L'information dont la nouvelle institution de prévoyance doit disposer se fait au moyen de la déclaration émanant de la personne assurée sur un formulaire de demande de rachat. Les devoirs d'information à charge de l'ancienne institution de prévoyance selon le bulletin de la prévoyance professionnelle no 91, chiffre 527, ne sont également plus valables. En conséquence, les institutions de prévoyance qui affilient des assurés de 55 ans ou plus[1] doivent demander à l'intéressé – dans la mesure où ce dernier souhaite racheter des prestations réglementaires visées par l'art. 79*b*, al. 1, LPP – s'il a déjà perçu des prestations de vieillesse ou s'il en perçoit. Dans ce cas, elles invitent la personne assurée à demander à l'institution de prévoyance précédente de lui fournir une attestation sur la prestation de sortie au moment de la retraite anticipée. Lorsque l'organe de contrôle de l'institution de pré-

[1] Selon l'art. 1i, al.1, OPP2, il n'est pas possible de prendre une retraite anticipée avant 58 ans révolus, mais l'al. 2 prévoit certaines exceptions ; il existe aussi une réglementation transitoire applicable jusqu'au 31 décembre 2010, cf. let.d des dispositions transitoires de la modification du 10 juin 2005 de la LPP, RO **2005** 4285.

voyance vérifie que la gestion et les règlements sont conformes à la loi, il s'assure également que cette dernière a introduit les formulaires requis pour la déclaration et qu'elle les utilise.

569 Activité de l'expert agréé auprès d'institutions collectives

Dans le cas d'institutions collectives et concernant l'attestation prévue à l'art. 53, al. 2, LPP, l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle est tenu, dans son activité, de respecter la pratique suivante, approuvée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), la Conférence des autorités cantonales de surveillance de la prévoyance professionnelle et des fondations, la Conférence suisse des impôts et la Chambre suisse des actuaires-conseils :

1. Considérations générales

Concernant l'usage de l'attestation de l'expert relative au respect des principes fiscaux dans la LPP et l'OPP 2, on distingue trois cas :

(i) l'institution collective qui propose des plans standards définis,
(ii) l'institution collective qui offre le choix entre des modules fixes combinables ,
(iii) l'institution collective qui permet d'adapter les plans selon les options individuelles.

Cette différenciation ne s'opère pas uniquement entre les institutions collectives, mais aussi au sein d'une même institution entre les différents plans de prévoyance. C'est ainsi qu'en pratique, nombre d'institutions collectives proposent des plans de prévoyance relevant des trois catégories. Par conséquent, les procédures décrites ci-dessous relatives à l'attestation de l'expert seront aussi utilisées au sein d'une même institution collective pour chaque catégorie de plan de prévoyance.

2. Institution collective proposant des plans standards définis

Définition : Le client d'une telle institution collective peut choisir entre des plans standards définis et fixes, et, le cas échéant, des combinaisons de ces plans standards.

Procédure : L'institution collective remet une liste de tous les plans de prévoyance à l'autorité de prévoyance. Elle confirme par écrit (i) qu'il s'agit de plans standards, (ii) qu'il est interdit de procéder à des modifications des plans standards, (iii) que le choix ne peut porter que sur les plans standards figurant sur la liste et, le cas échéant, sur certaines combinaisons de ces plans, et, (iv) qu'elle a communiqué à l'expert tous les plans – standards et combinaisons possibles – nécessaires pour le contrôle.

L'expert remplit une attestation par institution collective (une seule pour tous les plans et possibilités autorisées de combinaisons). Il se sert du formulaire établi à cet effet et ajoute en annexe une liste comprenant l'énumération exhaustive des plans standards et des combinaisons possibles sur lesquels porte l'attestation.

3. Institution collective permettant de choisir des modules fixes combinables

Définition : Le client d'une telle institution collective peut composer son plan de prévoyance à partir d'une liste de modules fixes. Cette option ne donne pas toute liberté pour composer le plan de prévoyance, mais elle offre un choix limité de modules à combiner.

Procédure : L'institution collective confirme par écrit à l'autorité de surveillance (i) qu'il est interdit de procéder à des modifications des modules et (ii) que seuls les modules et combinaisons soumis à l'examen de l'expert peuvent être choisis.

L'expert remplit une attestation par institution collective (une seule pour toutes les possibilités autorisées de combinaisons). Il certifie par cette attestation que les combinaisons de modules proposées par l'institution collective respectent les dispositions du droit de la prévoyance en lien avec la fiscalité.

Sur demande de l'autorité de surveillance, l'organe de contrôle examine ultérieurement si l'institution collective n'a pas autorisé d'autres combinaisons que celles qui ont été présentées à l'expert. L'institution collective peut aussi, dans le cadre d'un audit TIC (technologies de l'informatique et de la communication), faire examiner préalablement par l'organe de contrôle si le système d'offre ne permet aucune autre combinaison que celles qui ont été présentées à l'expert pour son contrôle.

4. Institution collective permettant d'adapter les plans selon les options individuelles

Définition : Le client d'une telle institution collective peut modifier à sa guise un plan de prévoyance existant. Cela veut dire qu'il n'est pas tenu de monter son plan à partir d'une liste de modules existants, mais qu'il peut le constituer comme il l'entend.

Procédure : Chaque caisse de prévoyance de cette institution collective est traitée comme une institution de prévoyance propre à une entreprise. L'institution collective est tenue de soumettre chaque plan individuel au contrôle de l'autorité de surveillance.

570 Attestation de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle conformément à l'art. 53, al. 2, LPP (formulaire)

Lorsque l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle contrôle une institution de prévoyance conformément à l'art. 53, al. 2, LPP, il est tenu d'utiliser le formulaire officiel imprimé (ci-annexé) qu'il n'est pas autorisé à modifier et qu'il doit remettre entièrement rempli à l'autorité de surveillance LPP compétente. Ce formulaire a été approuvé par l'OFAS, la Conférence des autorités cantonales de surveillance de la prévoyance professionnelle et des fondations, la Conférence suisse des impôts, ainsi que par la Chambre suisse des actuaires-conseils. Il peut être téléchargé sur le site internet de l'OFAS à l'adresse suivante :

http://www.assurancessociales.admin.ch/storage/documents/2124/2124_1_fr.doc.

Annexe

Attestation de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle conformément à l'art. 53, al. 2, LPP

Nom et adresse de l'institution de prévoyance

Cette attestation se réfère au/x règlement/s du

Dénomination du règlement/ de l'avenant	*Adopté le*	*En vigueur depuis*

Un bilan technique concernant la couverture actuarielle des risques est disponible

Nom de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle (auteur)	*Au (date)*

L'institution de prévoyance a conclu les contrats d'assurance collective suivants

Assureur	*Risques assurés*	*Numéro de contrat*	*Durée du contrat*	*Date*
Risques non couverts et réserves y afférentes nécessaires (pour autant que cela ne ressorte pas clairement du bilan technique) :				

Principes de calcul et paramètres réglementaires

L'évaluation de l'adéquation prend en considération tous les plans de prévoyance de l'institution de prévoyance et résulte de l'application de la disposition :
☐ Art. 1, al. 2, let. a, OPP 2 ☐ Art. 1, al. 2, let. b, OPP 2

Le règlement prévoit la possibilité de préfinancer la réduction des prestations en raison d'une retraite anticipée.
☐ Oui ☐ Non

Dans le cas d'une possibilité de préfinancement, les mesures suivantes sont prévues dans le règlement afin d'assurer que l'objectif réglementaire des prestations ne soit pas dépassé de plus de 5 % :
☐ Arrêt des cotisations ☐ Arrêt des intérêts ☐ Limitation du préfinancement
☐ Réduction des prestations ☐ Autres :

Le règlement prévoit la possibilité de choisir entre plusieurs plans.
☐ Oui ☐ Non

Le règlement se fonde en particulier sur les paramètres suivants, déterminés selon les principes professionnellement reconnus :
Taux de conversion (PC) :
☐ Tabelle de rachat avec intérêts (PC) :

Intérêt technique :
Aucun écart par rapport à la „Règle d'or" ou écart de max. 2 % (différence entre l'intérêt admis pour la rémunération de l'avoir de vieillesse dans le calcul de l'objectif de prestations et l'évolution des salaires admise dans le calcul de l'objectif de prestations [y compris le renchérissement], intérêt moyen en l'absence d'intérêt constant).

Pour le financement des prestations de risque décès et invalidité, % de toutes les cotisations sont nécessaires.

L'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle soussigné confirme :

Les dispositions réglementaires actuarielles concernant les prestations et le financement sont conformes aux dispositions légales (en particulier aux dispositions relatives à la 1re révision LPP du 3 octobre 2003 et aux dispositions concernant les mesures d'assainissement du 18 juin 2004). L'adaptation des dispositions réglementaires à la révision de loi mentionnée ne conduit pas à des lacunes de couverture au sens de la lettre d des dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1re révision LPP).

L'expert confirme en particulier ce qui suit concernant les dispositions réglementaires :

- L'institution de prévoyance sert exclusivement à la prévoyance professionnelle et, en particulier, ne fournit aucune prestation de l'employeur (art. 1 LPP).
- Le principe de l'adéquation (art. 1 - 1*b* OPP 2) est respecté. Pour les salaires dépassant le montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1, LPP, les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle, ajoutées à celles de l'AVS, ne dépassent pas, selon le modèle de calcul, 85 % du dernier salaire ou revenu perçu avant la retraite. Le contrôle de l'adéquation des prestations versées sous forme de capital est déterminée sur la base des prestations correspondantes versées sous forme de rente au taux de conversion réglementaire ou, en l'absence de taux de conversion réglementaire, au taux de conversion minimal fixé à l'art. 14, al. 2, LPP.
- Le principe de la collectivité (art. 1*c* - 1*e* OPP 2) est respecté. Le règlement prévoit un ou plusieurs collectifs d'assurés qui sont déterminés sur la base de critères objectifs (comme en particulier le nombre d'années de service, la fonction exercée, la situation hiérarchique, l'âge ou le niveau de salaire). Dans le cas où une seule personne est assurée, il est en principe possible selon le règlement d'assurer d'autres personnes et les dispositions de l'art. 44, al. 1, LPP sont respectées. Lorsqu'un choix entre plusieurs plans est possible, la somme des parts que représentent, en pourcentage du salaire, les cotisations de l'employeur et celles des salariés dans le plan de prévoyance dont les cotisations sont les plus basses atteint au moins les deux tiers de la somme des parts qu'elles représentent dans le plan de prévoyance dont les cotisations sont les plus élevées et le montant de la cotisation de l'employeur est le même dans chaque plan de prévoyance.
- Le principe de l'égalité de traitement (art. 1*f* OPP 2) est respecté. Tous les assurés d'un même collectif sont soumis à des conditions réglementaires identiques. En particulier, le règlement ne prévoit aucune possibilité de solutions ou d'accords individuels.
- Le principe de planification (art. 1*g* OPP 2) est respecté.
- Le principe d'assurance (art. 1*h* OPP 2) est respecté. En particulier, les risques décès et invalidité calculés selon les principes actuariels sont assurés. La vérification du respect du principe d'assurance a été effectuée de manière consolidée conformément à l'art. 1*h*, al. 1, OPP 2 pour tous les plans de l'institution de prévoyance (ou de la caisse de pensions affiliée) d'un employeur. Les avoirs déjà existants au 1er janvier 2006 qui ne satisfont pas aux exigences de l'art. 1*h* OPP 2 ne peuvent plus être alimentés.
- Les calculs de rachats se basent sur les mêmes paramètres qui découlent des principes professionnellement reconnus et qui sont applicables à la détermination du plan de prévoyance (voir planification). Le rachat n'est possible qu'à hauteur des prestations réglementaires et les prestations qui résultent de rachats ne peuvent sortir de la prévoyance sous forme de capital dans les trois ans. Le salaire assurable (le revenu assurable d'un indépendant) est limité au décuple du montant limite supérieur selon l'art. 8, al. 1, LPP (art. 60*c*, al. 2, OPP 2) et ne dépasse pas le revenu soumis à cotisations AVS (art. 1, al. 2, LPP).

L'expert confirme l'exactitude des indications précédentes

Lieu et date

L'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle

[Signature, timbre ou nom et adresse en caractères d'imprimerie]

Jurisprudence

571 Prescription de l’action en restitution, actes interruptifs et institution de droit public

(Référence à l’arrêt du TFA du 16 octobre 2006, cause Caisse fédérale de pensions Publica contre B., B 55/05 ; arrêt en français)

(Art. 41 LPP, 67 et 135 CO)

La question litigieuse est de savoir quels sont les actes susceptibles d’interrompre la prescription en ce qui concerne la créance en restitution de la Caisse fédérale de pensions contre l’assuré B. en raison de prestations perçues en trop, étant en présence d’un cas de surindemnisation. En effet, le Tribunal administratif du canton de Berne a retenu que seuls les actes énumérés par l’art. 135 CO entrent en considération, tandis que la caisse recourante prétend que son statut d’institution de prévoyance de droit public lui permettrait d’invoquer d’autres actes que ceux mentionnés par ce même article.

En l’espèce, l’art. 35a LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005, n’est pas applicable, de sorte que l’obligation de restituer des prestations versées à tort est régie, à défaut de norme statutaire ou réglementaire, par les art. 62 ss CO tant pour la prévoyance professionnelle obligatoire que la prévoyance plus étendue. Dans la présente affaire, le TFA a retenu qu’aucune norme statutaire ou règlementaire ne règle la prescription de la créance en restitution : en effet, l’art. 11 al. 4 des Statuts de la caisse recourante, qui a une teneur similaire à celle de l’art. 41 al. 1 LPP (devenu, dès le 1er janvier 2005, l’art. 41 al. 2 LPP) vise uniquement la prescription des actions en recouvrement de créances portant sur des cotisations ou des prestations et non celle de la restitution de prestations versées à tort. Par conséquent, il y a lieu d’appliquer l’art. 67 al. 1 CO dans le cas d’espèce. En l’occurrence, le TFA a considéré que la caisse a eu une connaissance effective de son droit à répétition au plus tard le 1er septembre 1999, date à laquelle elle a communiqué à B. qu’elle lui verserait dès cette date une rente réduite pour cause de surindemnisation. Le délai de prescription annale a donc commencé à courir le 1er septembre 1999.

En matière de prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions à l'égard de leurs affiliés. Elles doivent - comme les ayants droit ou les employeurs – faire valoir leurs droits par voie d'action (ATF 115 V 229 consid. 2) et sont, sous cet angle, soumises aux mêmes exigences que les créanciers de droit privé, notamment en ce qui concerne l’action en restitution qui est régie par les règles du droit civil (art. 62 ss CO). De plus, l'art. 41 al. 1 LPP renvoie explicitement aux art. 129 et 142 CO. Par conséquent, l’énumération exhaustive des actes interruptifs du créancier selon l’art. 135 ch. 2 CO (arrêt B 53/06 du 18 août 2006, consid. 5.2) s’impose aussi à l’égard des institutions de droit public. Il n'y a donc pas de place pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription, qu'il s'agisse d'une action en recouvrement de créances ou de cotisations ou, comme en l’espèce, d'une demande en restitution de prestations versées indûment. Par conséquent, le courrier du 1er janvier 2000 par lequel la caisse recourante a exigé de l'assuré B. la restitution des prestations versées en trop n'a pas interrompu le délai de prescription. La prétention en restitution des prestations était donc déjà prescrite lorsque la caisse recourante a déposé sa demande reconventionnelle auprès du Tribunal administratif le 13 septembre 2002.

572 Divorce et refus du partage des prestations de sortie

(Référence à l'arrêt du TF du 27 octobre 2006, cause Dame X. contre X., 5C.176/2006 ; arrêt en français)

(Art. 122 et 123 al. 2 CC)

Les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle doivent en principe être partagées par moitié entre les époux en l'absence de survenance d'un cas de prévoyance d'après l'art. 122 CC. Par la survenance d'un cas de prévoyance, il faut entendre la naissance d'un droit concret à des prestations de la prévoyance professionnelle, qui rend impossible le partage des avoirs de prévoyance. Ainsi, la survenance de l'âge de la retraite ou du droit à des prestations d'invalidité d'un conjoint qui n'a jamais travaillé ou qui n'a jamais été affilié à la prévoyance professionnelle, dans la mesure où il n'entraîne aucun droit à des prestations d'une institution de prévoyance, permet encore le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint en sa faveur (arrêt du TFA, B 19/03 du 30 janvier 2004, consid. 5, résumé dans la RSAS 2004 p. 572 et dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 74 ch. 440). En l'espèce, aucun cas de prévoyance n'est réalisé, puisque l'épouse est rentière AI, que son invalidité est antérieure au mariage et qu'elle n'a pas acquis de prétentions en matière de prévoyance professionnelle durant le mariage.

Exceptionnellement, le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce (art. 123 al. 2 CC). L'art. 123 al. 2 CC doit être appliqué de manière restrictive, afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu. Seules des circonstances économiques postérieures au divorce peuvent justifier le refus du partage, circonstances que le juge doit apprécier en appliquant les règles du droit et de l'équité (ATF 129 III 577 consid. 4.2.1 et 4.2.2 p. 578). En l'espèce, le refus du partage n'apparaît pas manifestement inéquitable, puisque le mari n'a pas de fortune et qu'à sa retraite, sa rente (1'534 francs par mois au total avec l'AVS et la LPP) sera inférieure à la rente AI de l'épouse (1'823 francs par mois), qui continuera d'être versée à celle-ci après l'âge de la retraite.

573 Prescription de l'action en restitution, actes interruptifs et citation en conciliation devant un juge incompétent à raison de la matière

(Référence à l'arrêt du TFA du 18 août 2006, cause N. contre Caisse de pension de X., B 53/06 ; arrêt en français)

(Art. 41 LPP, 67 et 135 CO)

La Caisse de pension de X. a transféré en faveur de N. un montant de 903'998 francs sur un compte de libre passage auprès de la Fondation de libre passage de X., suite au licenciement de N. La Fondation de libre passage de X. a ensuite octroyé à N. un versement anticipé pour le logement de 500'000 francs en janvier 2001, puis un montant de 412'760 francs à titre de prestations de vieillesse en capital en octobre 2002. Le 1er mars 2001, la Caisse de pension a écrit à N. que le montant qui avait été transféré dans la Fondation de libre passage serait trop élevé. Le 13 juin 2001, la Caisse de pension a indiqué à N. qu'elle lui aurait versé en trop une somme de 54'096 francs. Le 17 août 2001, la Caisse de pension a cité N. en conciliation devant le juge de la commune valaisanne Y. Les parties n'ont pas comparu devant le juge conciliateur. Le 10 juillet 2002, la Caisse de pension a cité une seconde fois N. à comparaître en conciliation devant le même juge. De nouveau, N. a répondu à la Caisse qu'il ne viendrait pas à la séance de conciliation. Le 2 juillet 2003, la Caisse de pension a ouvert une action en paiement contre N. devant le Tribunal des assurances du canton du Valais. N. a conclu au rejet de la demande en soulevant notamment l'exception de prescription. Le Tribunal cantonal a admis l'action de la Caisse de pension. N. a alors recouru devant le TFA.

L'art. 35a LPP relatif à la restitution des prestations, entré en vigueur le 1er janvier 2005, n'est pas applicable en l'espèce. Selon la jurisprudence antérieure à cette date, l'obligation de restituer des prestations de la prévoyance professionnelle versées à tort est régie par les art. 62 ss CO pour la prévoyance obligatoire et plus étendue, à défaut de normes statutaires ou réglementaires (ATF 130 V 417 consid. 2, 128 V 50, 128 V 236). En vertu de l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Selon le Tribunal cantonal, la Caisse de pension a eu connaissance de son erreur en mars 2001, lorsqu'elle a interpellé pour la première fois le recourant à ce sujet. La question est de savoir si la prescription a été valablement interrompue entre cette date et celle de l'ouverture de l'action. Dès lors que l'obligation de restituer est soumise aux règles du droit civil (art. 62 ss CO), il convient d'appliquer ces dispositions dans leur contexte juridique, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, pour l'enrichi et le lésé, sans en dénaturer le sens et la portée, quand bien même elles s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public (ATF 130 V 418 consid. 3.2). De plus, l'art. 41 al. 2 LPP renvoie explicitement aux art. 129 à 142 CO. Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation. Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive. La requête en conciliation doit toutefois être adressée devant le juge conciliateur compétent à raison du lieu et à raison de la matière. La loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA) ne prévoit pas de procédure de conciliation devant le juge de commune, qui est réservée aux contestations de droit civil. Le juge de la commune Y. n'était donc pas compétent à raison de la matière pour connaître des requêtes en conciliation notifiées par la Caisse de pension. Les requêtes en conciliation déposées devant un juge incompétent à raison de la matière ne pouvaient donc pas interrompre valablement la prescription. En définitive, l'action en restitution de la Caisse de pension contre N. est prescrite et le recours de ce dernier s'avère bien fondé.

574 Modification de l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement

(Référence à l'arrêt du TFA du 19 octobre 2006, cause S. contre Winterthur-Columna, fondation pour la prévoyance professionnelle, B 117/05 ; arrêt en allemand)

Né en 1948, B. était employé par l'association X. depuis 1999 et, à ce titre, affilié à la Winterthur-Columna, fondation pour la prévoyance professionnelle (ci-après « fondation »). Le 1er décembre 2000, il a demandé que l'ordre des bénéficiaires soit modifié en faveur de sa compagne K. Il est décédé le 20 décembre 2000 des suites d'une grave maladie, laissant après lui, outre son épouse S., dont il était judiciairement séparé depuis 1983, le fils de celle-ci, D., né en 1968 et qu'il avait adopté, ainsi que son propre fils M., né en 1989. Sur préavis émis le 15 décembre 2000 par la commission de la prévoyance professionnelle du personnel de X. (ci-après « commission »), qui appuyait sans réserve cette demande, la fondation versa à K. un capital-décès de 154 543 francs. Auparavant, la veuve S. avait également fait valoir un droit à cette prestation. Après que la fondation eut confirmé sa position, S. intenta contre elle une action.

La recourante fait valoir que les conditions de fond d'une modification de l'ordre des bénéficiaires ne sont pas remplies parce qu'à l'époque considérée, la bénéficiaire n'était pas soutenue de manière régulière et importante par l'assuré. Cette exigence figure dans le règlement et a été concrétisée par la jurisprudence.

Si un salarié entend fixer un ordre des bénéficiaires spécial, il peut – à l'intérieur des groupes de personnes prévus par le règlement – désigner plus précisément les bénéficiaires et déterminer l'ampleur de leurs droits, pour autant que le but de prévoyance soit ainsi mieux pris en compte.

Or, le but de la prévoyance professionnelle consiste à protéger les salariés et leurs survivants contre les conséquences économiques des pertes de revenus dues à la vieillesse, au décès ou à une incapacité de gain. De là vient que tout avantage accordé à des groupes de personnes mentionnés dans le règlement n'est admissible que si, à l'époque de sa mort, l'assuré était le soutien de la personne avantagée. Tel est le cas lorsque, sur le plan financier, le mode de vie habituel de la personne qui était soutenue jusqu'alors est menacé de subir un important préjudice par suite du décès de l'assuré. Ce préjudice se mesure essentiellement au regard de la situation économique de l'assuré, éventuellement aussi de celle du bénéficiaire.

Au vu de la situation économique de l'épouse et de la concubine de B. après son décès, la modification de l'ordre des bénéficiaires en faveur de celle-ci – qui est aussi la mère de leur fils commun M., né en 1989 – correspond en principe mieux au but de prévoyance. En ce qui concerne l'autre condition de validité d'une telle modification, à savoir que l'assuré doit avoir soutenu la personne bénéficiaire de manière importante, il faut certes reconnaître que la situation économique de K. était difficile, tant avant qu'après le décès de B. Mais, dans l'ensemble, il n'est pas prouvé, ni ne peut l'être, qu'au moment de son décès, B. était le soutien de K. et que, du point de vue financier, le mode de vie habituel de celle-ci était menacé de subir un important préjudice. Dès lors que ces preuves ne sont pas établies, il faut s'en tenir à l'ordre des bénéficiaires fixé par le règlement, qui donne la priorité à l'épouse. De sorte que l'intimée, qui avait versé le capital-décès à K. tout en sachant que son attribution était contestée, sera finalement tenue à prestation envers la veuve de B. Selon l'ordre réglementaire, l'ayant droit est d'abord et exclusivement le conjoint survivant. Aucun indice ne permet d'établir que B. aurait voulu modifier cet ordre en faveur de son fils M.

Compte tenu de cet état de fait, la question peut rester ouverte (comme dans l'ATF 131 V 31 ss., cons. 5 et 6, avec renvois) de savoir si l'expression « soutenir dans une mesure importante » figurant dans le règlement exige que l'assuré ait subvenu à plus de la moitié des besoins de la personne bénéficiaire ou s'il suffit qu'il ait contribué davantage aux frais d'entretien communs que la personne avec laquelle il vivait en ménage, car aucune des deux éventualités ne se présente en l'espèce. Le recours de droit administratif est donc admis en ce sens que le jugement attaqué est annulé et que la fondation est condamnée à verser à S. la somme de 154 543 francs, assortie d'un intérêt moratoire de 5 % à compter du 15 mars 2001.

575 Voies de droit en cas de litige concernant un contrat de reprise d'effectif éventuellement entaché d'erreurs mais approuvé avec force de chose jugée par l'autorité de surveillance

(Référence à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 14 novembre 2006, cause fondation de prévoyance de P. contre caisse de pension A., B 114/05 ; arrêt en allemand)

(Art. 61, 73 et 74 LPP)

A la suite d'une reprise d'entreprise, le personnel de A. SA et les rentiers de la caisse de pension A. sont passés, sur la base d'un contrat de reprise d'effectif, dans la fondation de prévoyance de P. le 1er janvier 2002. Ledit contrat fixait en particulier le montant du capital de couverture à transférer de la caisse A. à la fondation de P. pour les prestations réglementaires dues aux assurés actifs repris et aux rentiers, dont 175 428 francs pour M., bénéficiaire d'une rente d'invalidité. Le contrat avait été approuvé par l'autorité cantonale de surveillance compétente.

En 2004, la fondation de P. fit valoir auprès de la caisse A. qu'à son avis, le capital de couverture prévu pour M. avait été nettement sous-évalué. Les deux institutions ne parvenant pas à s'entendre, la fondation de P. intenta en janvier 2005, auprès du tribunal cantonal compétent selon l'art. 73 LPP, une action demandant que la caisse A. lui verse, au titre du capital de couverture en faveur de M., un complément de 234 112 francs, assorti d'un intérêt de 5 % à compter du 1er janvier 2002. Subsidiairement, elle demandait que le contrat de reprise d'effectif soit déclaré non obligatoire pour ce qui est

du transfert de M. Le 29 juin 2005, le tribunal prit une décision d'irrecevabilité par laquelle il se déclarait matériellement incompétent. La fondation de P. attaqua cette décision par un recours de droit administratif au TFA, demandant que le tribunal cantonal soit reconnu matériellement compétent et que l'affaire lui soit renvoyée pour être jugée au fond.

Vu que le tribunal cantonal avait été saisi le 20 janvier 2005, le TFA commence par constater que les modifications introduites par la 1re révision de la LPP et entrées en vigueur le 1er janvier 2005 doivent être prises en considération.

Le TFA expose ensuite les dispositions légales pertinentes (art. 73, al. 1 et 4, art. 61, al. 1, et art. 74, al. 1, let. a, et al. 4, LPP) et confirme – dans la mesure où elle est applicable en l'espèce – la jurisprudence antérieure concernant l'art. 73 LPP (jurisprudence relative à l'application de cette disposition aux assurances obligatoire, pré-obligatoire, sous-obligatoire et sur-obligatoire gérées par des institutions enregistrées de droit privé ou public, que les prestations ressortissent au droit public ou privé). Selon ces sources, l'accès à la juridiction cantonale prévue à l'art. 73 LPP n'est possible, en particulier, que si le litige porte sur la prévoyance professionnelle au sens étroit ou large et n'est pas de la compétence des autorités de surveillance désignées aux art. 61 ss. LPP.

Les litiges portant, comme en l'espèce, sur le capital de couverture relèvent du droit de la prévoyance professionnelle. C'est pourquoi ils doivent être tranchés par les autorités (tribunaux et autorités de surveillance) compétentes dans ce domaine spécifique, et non par les tribunaux civils ordinaires.

Cela posé, le TFA a examiné si la décision doit être prise par le tribunal désigné à l'art. 73 LPP ou par l'autorité de surveillance au sens des art. 61 ss. LPP. Les deux voies sont en principe strictement distinctes, en ce sens que la compétence du tribunal exclut celle de l'autorité de surveillance et inversement. Mais on peut imaginer des circonstances relevant du droit de la prévoyance professionnelle où chacun des deux organes est appelé à trancher une partie des questions juridiques qui se posent. Dans un arrêt du 14 novembre 2003 (B 53/03), le TFA avait admis que le tribunal était compétent pour connaître d'un litige portant sur le point de savoir si une personne satisfait aux critères mentionnés dans le plan de répartition approuvé par l'autorité de surveillance lors de la liquidation totale ou partielle d'une institution de prévoyance. C'est à cet arrêt que s'est référée la recourante pour étayer sa demande.

L'argumentation développée dans cet arrêt n'est toutefois pas transposable au cas présent, où il ne s'agit pas de l'exécution d'un plan de répartition dont le contenu est incontesté, mais bien de la question de savoir si un contrat de reprise d'effectif approuvé par l'autorité de surveillance contient une erreur (en l'occurrence dans le calcul du capital de couverture pour un bénéficiaire de rente d'invalidité). Il ne s'agit pas d'interpréter ou d'exécuter ledit contrat, mais d'examiner s'il y a lieu, en raison de cette erreur, de prendre une décision qui s'en écarte, contredisant ainsi l'acte d'approbation. Cette tâche est de la compétence de l'autorité de surveillance, à laquelle il appartiendra de déterminer, par la voie du réexamen ou dans le cadre d'une procédure de révision, si elle doit revenir sur sa décision d'approbation (déjà entrée en force). C'est donc à bon droit que le tribunal cantonal a pris sa décision d'irrecevabilité.

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

30 avril 2007

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 98

Indications

576 Changement d'institution de prévoyance LPP : clarification des dispositions

577 Compilations des Bulletins de la prévoyance professionnelle

Prise de position

578 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

579 Versement anticipé pour le logement, divorce et rachat (art. 22c LFLP, 79b al. 3 et 4 LPP)

Jurisprudence

580 Pas de modification de la rente d'invalidité réglementaire si le degré d'invalidité n'a pas changé (en relation avec la 4e révision de l'AI entrée en vigueur le 1er juillet 2004)

581 Prescription du droit à la rente d'orphelin et tutelle

582 Conversion d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse, pas de garantie des droits acquis en cas de changement de jurisprudence

583 Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce

584 Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue

585 Suppression de rente pour cause de révision dans l'assurance obligatoire

586 Le délai de prescription du droit à une rente ne court pas tant qu'il y a surindemnisation

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

07.062

Indications

576 Changement d'institution de prévoyance LPP : clarification des dispositions

Le Conseil fédéral a fixé au 1er mai 2007 l'entrée en vigueur d'une modification de la LPP qui clarifie certaines questions relatives au changement d'institution de prévoyance. D'une part, les nouvelles dispositions garantissent que les bénéficiaires de rentes ne se trouvent pas en situation de vide contractuel si l'employeur change d'institution de prévoyance. D'autre part, elles instituent un droit de résiliation extraordinaire applicable en cas de modification substantielle du contrat d'affiliation ou d'assurance.

Introduites par la 1re révision de la LPP, de nouvelles dispositions concernant la résiliation de contrats d'affiliation ou d'assurance dans la prévoyance professionnelle sont entrées en vigueur le 1er avril 2004. Mais des lacunes de réglementation sont apparues assez rapidement dans deux domaines. Pour les combler, le Parlement a adopté une modification correspondante de la loi en décembre 2006.

Le fait qu'un employeur résilie le contrat d'affiliation à son institution de prévoyance (p. ex. l'institution collective d'une compagnie d'assurance) peut avoir pour effet, selon la teneur du contrat, que non seulement les assurés actifs, mais aussi les rentiers doivent quitter cette institution. Pour ces cas, il faut garantir qu'une nouvelle institution reprenne les engagements liés aux rentes en cours. Désormais un contrat d'affiliation ne peut donc être résilié que si une solution équivalente existe pour les bénéficiaires de rentes. Cette règle permet d'éviter un vide contractuel.

L'autre nouveauté consiste en ce que les contrats d'affiliation ou d'assurance concernant la prévoyance professionnelle peuvent désormais être résiliés lorsque les dispositions contractuelles ont subi des modifications substantielles unilatérales (p. ex. lorsqu'un assureur augmente les cotisations ou réduit les prestations de manière considérable). Cette réglementation n'est pas applicable lorsque la modification du contrat découle d'une modification de la base légale.

Le lien suivant permet de consulter le texte de loi : http://www.admin.ch/ch/f/as/2007/1803.pdf

577 Compilations des Bulletins de la prévoyance professionnelle

Les compilations des indications et prises de position de l'OFAS et de la jurisprudence concernant :
- l'encouragement à la propriété du logement,
- l'invalidité,
- les bénéficiaires sont disponibles sur la page suivante du site internet de l'OFAS :
http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/aktuell/index.html?lang=fr

Prise de position

578 Principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce

(Précision par rapport au Bulletin de la prévoyance professionnelle No 90 ch. 520)

La question suivante a été posée à l'OFAS :

Selon le Bulletin de la prévoyance professionnelle No 93 ch. 550, la prestation de sortie à partager en cas de divorce doit être calculée au moment de l'entrée en force formelle du jugement de divorce (cf. ATF 132 V 236). Quelle est la relation entre ce Bulletin et le principe de la rémunération continue de la prestation de sortie à transférer en cas de divorce selon le Bulletin N° 90 ch. 520 (en relation avec l'ATF 129 V 251) ?

L'arrêt mentionné par le Bulletin N° 90 ch. 520 a confirmé le principe que la prestation de sortie doit être rémunérée de manière continue « également lorsque la prestation de sortie est divisée à une date antérieure à celle du jugement de divorce ». Par conséquent, la prestation de sortie revenant

en cas de divorce au conjoint qui a droit à une compensation doit être rémunérée à partir du jour déterminant pour le partage jusqu'à la date du transfert ou du début de l'obligation de payer un intérêt moratoire (ATF 129 V 251 consid. 3.2 et 3.3). D'après le considérant 5 de cet arrêt, les intérêts étaient aussi fixés à partir du jour déterminant qui correspondait dans le cas d'espèce (comme dans la plupart des cas) à celui de l'entrée en force du jugement de divorce. A notre avis, ce principe doit s'appliquer de manière générale, y compris en cas de convention de divorce approuvée par le juge ; le juge du divorce ou le juge des assurances sociales devrait tenir compte du principe de la rémunération continue lorsqu'il fixe la prestation de sortie à transférer en cas de divorce.

Avec sa prise de position du Bulletin N° 90 ch. 520, l'OFAS voulait rendre les institutions de prévoyance attentives au fait qu'elles ne doivent pas calculer les intérêts à partir de la date d'entrée en force du jugement de divorce lorsque le jugement a fixé une autre date déterminante pour les intérêts.

Par contre, s'il y a des doutes sur le bien-fondé du jugement lui-même, il incombe alors aux parties de faire examiner cette question par le juge et de faire corriger ou compléter le jugement le cas échéant. Cette prise de position n'avait nullement pour but d'inciter les institutions de prévoyance à modifier elles-mêmes des jugements de divorce entrés en force en ce qui concerne les intérêts sur la prestation de sortie.

579 Versement anticipé pour le logement, divorce et rachat (art. 22c LFLP, 79b al. 3 et 4 LPP)

La question suivante a été posée à l'OFAS :

Est-ce qu'une personne peut racheter la prestation de sortie transférée lors du divorce même si elle n'a pas encore remboursé un versement anticipé pour le logement obtenu précédemment ?

En vertu de l'art. 22*c*, 1re phrase, LFLP, en cas de divorce, l'institution de prévoyance doit accorder au conjoint débiteur la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée. L'art. 79*b*, al. 3, 2e phrase, LPP exige que les versements anticipés accordés pour l'encouragement à la propriété du logement soient d'abord remboursés avant de pouvoir effectuer des rachats facultatifs. Toutefois, selon l'art. 79*b*, al. 4, LPP, les rachats effectués en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré en vertu de l'art. 22*c* LFLP ne sont pas soumis à limitation. Par conséquent, la limitation prévue par l'art. 79*b*, al. 3, 2e phrase, LPP n'est pas applicable au rachat basé sur l'art. 22c LFLP : une personne assurée divorcée a donc la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée même si elle n'a pas encore remboursé le versement anticipé pour le logement. Rappelons que l'art. 79*b*, al. 4, LPP exclut aussi l'application du délai d'attente de 3 ans prévu par l'art. 79*b*, al. 3, 1re phrase (voir le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 84, § 487, ch. 3 p. 4).

Jurisprudence

580 Pas de modification de la rente d'invalidité réglementaire si le degré d'invalidité n'a pas changé (en relation avec la 4e révision de l'AI entrée en vigueur le 1er juillet 2004)

(Référence à l'arrêt du TFA du 11 décembre 2006, cause Caisse de pensions X. contre B., B 80/05 et B 83/05 ; arrêt en français)

(Art. 28 al. 1 LAI et 24 al. 1 LPP)

Le litige porte sur le point de savoir si la Caisse de pensions X. pouvait réduire ses prestations réglementaires d'invalidité. Dans un premier temps, l'AI avait accordé à l'assuré B. une rente entière d'invalidité dès le 1er septembre 1998, fondée sur un degré d'invalidité de 67 %. La Caisse de pensions X. lui a octroyé une rente entière d'invalidité à partir de cette même date. Après l'entrée en vigueur de la 4e révision de la LAI et des modifications apportées à l'échelonnement de la rente d'invalidité, l'AI a remplacé la rente entière par un trois-quarts de rente à partir du 1er juillet 2004 alors que le

degré d'invalidité de B était toujours de 67 %. La caisse X. a informé B. qu'elle lui verserait un trois-quarts de rente dès cette même date.

Selon l'art. 38 al. 1 du règlement de X., «au droit à la rente d'invalidité complète de l'AI correspond le droit à la rente d'invalidité complète de la Caisse», tandis que, selon l'art. 39 al. 1 du règlement «au droit à une rente d'invalidité partielle de l'AI correspond le droit à une rente d'invalidité partielle de la Caisse, de même taux, ce dernier étant applicable au montant de la rente d'invalidité complète selon l'art. 38». Sous le titre «Modification de l'invalidité», l'art. 40, 1re phrase, du règlement prévoit que si le degré d'invalidité d'un assuré se modifie et entraîne une modification du taux de la rente servie par l'AI, la rente d'invalidité de la Caisse est modifiée en conséquence.

Le TFA a jugé que la modification de la rente d'invalidité de la Caisse de pensions est possible seulement en cas de modification du degré d'invalidité de l'assuré entraînant une modification de la rente AI, sur la base de l'art. 40 du règlement. En définitive, la Caisse de pensions X. n'était pas en droit de réduire la rente entière de B.

581 Prescription du droit à la rente d'orphelin et tutelle

(Référence à l'arrêt du TFA du 15 décembre 2006, cause F. contre Caisse de pensions G., B 135/05 ; arrêt en français)

(Art. 22 et 41 LPP)

S., né en 1959, travaillait dans l'hôtellerie et était affilié à ce titre auprès de la Caisse de pensions G. Il est décédé le 29 décembre 1992. Sa fille F., née en 1981, a été placée sous tutelle. En 2004, F. a demandé à G. de lui verser une rente d'orpheline. G. a refusé en invoquant la prescription.

Selon l'art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2004, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du Code des obligations (CO) sont applicables. Le droit de percevoir les rentes comme tel se prescrit par dix ans dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé conformément à l'art. 131 al. 1 CO, tandis que chacun des arrérages se prescrit par cinq ans dès l'exigibilité de la créance en application de l'art. 130 al. 1 CO; l'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à ladite prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 132 V 162 consid. 3). Selon l'art. 22 al. 1 LPP, le droit des survivants aux prestations prend naissance au décès de l'assuré, mais au plus tôt quand cesse le droit au plein salaire. En l'espèce, la prescription décennale a commencé à courir à partir du décès de S. survenu le 29 décembre 1992. Par conséquent, lorsque F. a contacté G. pour la première fois au cours de l'année 2004, le droit à la rente d'orphelin était déjà prescrit depuis presque deux ans.

Par ailleurs, il n'existe aucun élément objectif qui permette de retenir un abus de droit de la part de G. ou une violation du principe de la bonne foi (ATF 128 V 241 consid. 4a). On ne saurait en particulier reprocher à la caisse de pensions d'avoir incité F. à renoncer à entreprendre des démarches juridiques. Par ailleurs, il n'existe pas un devoir légal pour l'institution de prévoyance de renseigner un assuré sur le risque de prescription.

C'est à tort également que F. invoque son jeune âge. La rente d'orphelin est, par nature, destinée à des personnes jeunes ou à charge. D'une manière générale, c'est le représentant légal qui agira pour les intéressés. L'omission par son tuteur de réclamer les prestations auxquelles F. pouvait prétendre est opposable à celle-ci.

582 Conversion d'une rente d'invalidité en rente de vieillesse, pas de garantie des droits acquis en cas de changement de jurisprudence

(Référence à l'arrêt du TFA du 19 décembre 2006, cause M. contre Caisse X., B 139/05 ; arrêt en français)

(Art. 49 al. 1, 2e phrase, LPP)

Par courrier du 1er juillet 2002, la Caisse X. a informé l'assuré M. que sa rente d'invalidité serait remplacée par une rente de vieillesse d'un montant équivalent, soit 12'537 fr. par an, conformément à l'arrêt du TFA du 24 juillet 2001 (ATF 127 V 259), tout en précisant que ce montant ne correspondait pas à ce que l'assuré pouvait normalement prétendre d'après le règlement. De plus, la Caisse se réservait le droit de modifier le montant de la rente en cas de changement ultérieur de la jurisprudence. Le 8 décembre 2004, X. a informé M. que sa rente de vieillesse serait ramenée à 9'312 fr. par an dès le 1er janvier 2005, suite à l'arrêt du TFA du 24 juin 2004 (ATF 130 V 369 qui constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'ATF 127 V 259) et à l'entrée en vigueur de l'art. 49 al. 1, 2e phrase, de la LPP révisée.

Le litige porte sur la question de savoir si la Caisse pouvait réduire le montant de la rente de vieillesse dès le 1er janvier 2005 suite à l'ATF 130 V 369, alors qu'elle avait fait bénéficier M. d'une rente de vieillesse fixée conformément à l'ATF 127 V 259. M. soutient que des prestations d'assurance ne pourraient plus être modifiées une fois le cas d'assurance réalisé et le montant des prestations fixé. Il se prévaut d'un droit acquis aux prestations allouées.

En droit des assurances sociales, un changement de jurisprudence ne peut qu'exceptionnellement conduire à la révocation d'une décision, même si cette décision est assortie d'effets durables (notamment si elle concerne des prestations périodiques). Il faut que la nouvelle jurisprudence ait une telle portée générale qu'il serait contraire au principe de l'égalité de traitement de ne pas l'appliquer dans tous les cas, en particulier en maintenant une ancienne décision pour un seul assuré ou un petit nombre d'assurés. Si cette condition est remplie, la modification n'aura, en règle générale, des effets que pour l'avenir. Cette pratique restrictive vaut en tout cas lorsque l'application d'une jurisprudence nouvelle s'opérerait au détriment du justiciable (ATF 121 V 161 consid. 4a, 119 V 413 consid. 3b et les références). Une institution de prévoyance n'a pas le pouvoir de rendre une décision proprement dite. L'institution de prévoyance doit cependant se conformer aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi. En l'espèce, le TFA a jugé que la Caisse n'a pas violé ces principes. Le TFA considère au contraire que le maintien du montant de la rente de vieillesse sur la base de l'ATF 127 V 259 reviendrait à légitimer plusieurs inégalités de traitement choquantes. En effet, l'ATF 127 V 259 a, sans fondement légal ou réglementaire, amélioré sensiblement la situation d'une catégorie restreinte d'assurés – les bénéficiaires d'une rente d'invalidité ayant atteint l'âge donnant droit à la rente de vieillesse - par rapport à tous les autres assurés pouvant prétendre une rente de vieillesse. Le maintien de cet arrêt en faveur de quelques assurés aurait engendré une augmentation considérable des coûts et qui, en l'absence de réserves constituées à cette fin par la caisse - en violation du principe d'équivalence (ATF 130 V 375 consid. 6.3) -, aurait dû être financée par les assurés de la génération actuelle - les assurés actifs - et aurait entraîné une baisse significative de leurs propres expectatives à des prestations d'invalidité ou de survivants. Pour ces motifs, le respect du principe de l'égalité de traitement parmi la communauté des assurés doit l'emporter dans le cas particulier sur le principe de la sécurité du droit et l'intérêt du recourant au maintien du montant de sa rente de vieillesse. Justifiée par des motifs sérieux et objectifs, la réduction litigieuse ne peut dès lors être considérée comme arbitraire.

Selon la jurisprudence, la garantie d'un droit acquis au versement d'une rente périodique ne peut porter que sur un droit qui découle d'une disposition légale impérative et dont, par voie de conséquence, le destinataire ne saurait être privé. Cette garantie porte alors sur l'existence et non sur l'ampleur

exacte de ce droit que le règlement a pour tâche de fixer. En l'espèce, ni la loi ni les règlements adoptés successivement par la Caisse n'ont jamais conféré à M. un droit à une rente de vieillesse d'un montant équivalent à la rente d'invalidité versée jusqu'à l'âge de la retraite.

Selon le TFA, M. ne pouvait pas non plus se prévaloir du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst). En effet, le courrier de X. du 1er juillet 2002 ne pouvait laisser croire à M. que X. s'était engagée, de manière explicite et irrévocable, à lui verser une rente de vieillesse égale à la rente d'invalidité touchée précédemment. Au contraire, la Caisse a clairement exprimé sa volonté de n'être liée par l'ATF 127 V 259 que le temps pour le TFA de revenir sur sa jurisprudence. M. n'a dès lors pas pu être surpris lorsque X. l'a informé que sa rente de vieillesse serait réduite suite à l'ATF 130 V 369. Il s'ensuit que l'assuré ne pouvait se prévaloir d'assurances précises de la part de X. quant à l'octroi d'une rente de vieillesse d'un montant équivalant à la rente d'invalidité versée jusqu'alors. En définitive, le TFA a retenu que la réduction opérée par la Caisse était conforme au droit.

583 Jugement notifié directement à une partie sans passer par son avocat, bonne foi, compétence du tribunal des assurances au sujet d'éventuels avoirs non pris en compte par le juge du divorce

(Référence à l'arrêt du 9 janvier 2007 du TF, IIe Cour de droit social, cause Mme X. contre Caisse de retraite P., M. X. et B. Compagnie d'Assurances, ATF 133 V 147 [B 142/05] ; arrêt en français)

(Art. 29 al. 2 Cst, 11 al. 3 PA, 142 CC)

Le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux X. et ordonné le partage de leurs prestations de sortie. Les époux étaient tous deux représentés par des avocats. Le Tribunal de première instance a transmis l'affaire au Tribunal cantonal des assurances sociales (TASS) le 21 juin 2005. Appliquant une nouvelle pratique, le TASS s'est alors adressé directement aux parties et non plus à leurs avocats. Le TASS a notifié une première communication aux parties le 21 juin 2005 les informant de l'enregistrement de la procédure au rôle du tribunal.

Comme premier grief, la recourante Mme X. se plaint d'une violation de son droit d'être entendue du fait qu'elle a été privée de la possibilité de se déterminer et de participer à l'administration des preuves par l'intermédiaire de son avocat. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst comprend notamment le droit d'être représenté et assisté en procédure (ATF 119 Ia 261 consid. 6a). Par ailleurs, selon l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), l'autorité adresse ses communications au mandataire tant que la partie ne révoque pas la procuration. Selon la jurisprudence (arrêt H 201/92 du 17 mai 1993), cette règle, qui exprime un principe général du droit fédéral, vaut aussi pour les autorités judiciaires. La notification à la seule partie représentée est irrégulière (cf. ATF 99 V 182 ; RCC 1991 p. 393 consid. 2a, 1977 p. 170 ss). Demeure toutefois réservé un comportement contraire à la bonne foi de la partie ou de son mandataire (cf. RCC 1991 p. 391).

Selon le TF, la manière de procéder du TASS, qui a modifié sans avertissement une pratique de procédure établie depuis près de deux ans, apparaît certes discutable au regard du principe de la bonne foi. Toutefois, le TF considère que Mme X. n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances : en effet, informée de la saisine du TASS en juin 2005, c'est seulement en décembre 2005 (c.-à-d. après la notification du jugement du TASS) qu'elle a réagi et qu'elle s'est plainte que le TASS n'avait pas tenu compte du fait qu'elle était représentée par un avocat. Après avoir pris connaissance de l'avis du TASS du 21 juin 2005, sur lequel ne figurait ni la mention « copie », ni l'indication qu'elle était représentée par un avocat, Mme X. aurait dû s'assurer rapidement, si ce n'est auprès du TASS, du moins auprès de son avocat que celui-ci avait bien été averti de l'ouverture de la procédure de droit administratif. Après avoir reçu la demande d'information du TASS du 18 juillet 2005 (à laquelle elle a répondu personnellement le 10 août 2005), Mme X. aurait dû se renseigner auprès de son mandataire sur la suite à donner à son affaire. Par ailleurs, l'avocat de Mme X. a pris connaissance le 3 octobre 2005 de l'avis de transmission au TASS et a laissé écouler plus de deux mois avant de se

renseigner auprès du Tribunal. Par conséquent, compte tenu des règles de la bonne foi qui imposent une limitation à l'invocation de vices de forme, le premier grief de la recourante doit être rejeté.

Comme second grief, Mme X. reproche au TASS d'avoir violé l'art. 142 al. 2 CC en omettant de déterminer d'office le montant précis des avoirs de prévoyance revenant à chacun des époux. Elle soutient que pendant le mariage son ex-conjoint aurait aussi été affilié auprès d'une autre institution de prévoyance que la Caisse de retraite P. et que le TASS aurait dû instruire ce point. Dans un arrêt A. du 3 avril 2006 (B 108/04), le TFA a retenu qu'il n'appartenait pas au juge des assurances sociales de modifier un jugement de divorce sur les points visés par l'art. 142 al. 2 CC. Lorsqu'un des époux découvre après coup qu'une autre prestation de sortie déposée sur un compte de libre passage n'a pas été prise en considération, il doit alors s'adresser au juge du divorce en requérant un complètement ou une modification de son jugement. Toutefois, selon un arrêt R. du 9 mai 2006 (B 118/05), lorsqu'il existe de sérieux indices que l'ex-conjoint a bénéficié d'une autre prestation de sortie qui n'a pas été prise en compte par le jugement de divorce, le juge des assurances sociales doit alors instruire ce point. En l'espèce, le TASS a certes interpellé les ex-conjoints sur l'existence éventuelle d'autres rapports de prévoyance que ceux pris en compte par le juge du divorce. Cependant, comme l'ex-époux a répondu de manière évasive à cette question, le TASS aurait dû se renseigner plus précisément. En définitive, le recours est admis et l'affaire renvoyée au TASS pour complément d'instruction et nouveau jugement.

584 Réduction d'une rente de survivants au conjoint divorcé au bénéfice d'une rente de vieillesse dans le cadre de la prévoyance plus étendue

(Référence à l'arrêt du TFA du 22 décembre 2006 dans la cause caisse de pensions de la Fédération de la Croix-Rouge contre A., B 112/05 ; arrêt en français)

(Art. 19 al. 3 LPP, 20 OPP2)

Le règlement de la caisse de pension recourante contient à son article 46 une réglementation analogue à celle de l'article 20 OPP2. Elle prévoit notamment que le montant annuel de la rente de conjoint divorcé servie est égal à la prestation d'entretien à laquelle était tenu l'ex-conjoint, sous déduction de la rente éventuellement servie par d'autres assurances, en particulier par l'AVS/AI, mais au maximum au montant annuel de la rente de veuve découlant des exigences minima de la LPP (al.3).

L'institution de prévoyance en cause soutient que la disposition litigieuse (al.3) entend plafonner aux seules prestations légales obligatoires la rente annuelle pour survivants servie à l'ex-épouse d'un assuré défunt, ce qui est conforme à la loi et correspond à la réglementation de la plupart des institutions de prévoyance, tandis que l'intimée prétend que les termes «…mais au maximum au montant de la rente de veuve découlant des exigences minima de la LPP …» se rapporte à la déduction, qui ne peut dépasser le montant de la rente de veuve découlant de la LPP.

Dans ses considérants, le TFA rappelle qu'il a déjà jugé qu'une disposition réglementaire en tout point identique était incontestablement un texte clair, dans la mesure où il disposait que le montant annue-l maximum de la pension servie au conjoint divorcé survivant ne devait pas dépasser le montant annuel de la rente de veuve découlant de la LPP, et qu'il n'était pas contraire à la loi, ni aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou de la proportionnalité (cf. SZS 2006 p. 361, B 85/04 ; arrêt non publié A. du 21 décembre 2005, B 87/04).

Il ne fait donc aucun doute que la dernière partie de l'art. 46 al. 3 du règlement se rapporte au montant annuel de la rente servie et non à la déduction qu'il est possible d'opérer sur ledit montant, contrairement à ce que soutient l'intimée.

On notera également que la juridiction cantonale écarte, à tort, l'art. 46 al. 3 du règlement en raison de sa non-conformité à la loi. En effet, l'art. 20 al. 2 OPP 2 participe du système de la prévoyance

professionnelle obligatoire, en tant qu'il règle les conditions du droit aux prestations de survivant du conjoint divorcé et en définit les modalités, conformément au mandat de l'art. 19 al. 3 LPP. Or, l'art. 20 al. 2 OPP 2 autorise expressément les institutions de prévoyance à descendre en dessous des exigences minimales de la LPP touchant aux rentes de veuve, lorsqu'elles versent une rente de survivant à la femme divorcée de l'assuré décédé et que la somme de celle-ci et d'une éventuelle rente de l'AVS ou de l'AI dépasse le montant de la contribution d'entretien fixée lors du divorce. On notera enfin que le but de l'art. 20 al. 2 OPP 2 est la couverture de la perte de soutien que la femme divorcée subit en raison de la fin du versement de la contribution d'entretien qui découle du décès de son ex-époux (RSAS 1995 p. 139 consid. 3a et les références), ce qui n'a rien de comparable avec la situation d'une personne dont l'époux subvenait aux besoins en vertu du devoir d'assistance et d'entretien entre conjoints.

Il apparaît donc qu'une institution de prévoyance peut réduire ses prestations, même si elles correspondent déjà au minimum légal relatif à une rente de veuve, dans la mesure où la loi le lui permet et qu'il n'appartient pas à une telle institution de contribuer à l'amélioration de la situation financière de la femme divorcée, relativement à la situation régnant avant le décès de l'ex-conjoint.

585 Suppression de rente pour cause de révision dans l'assurance obligatoire

(Référence à l'arrêt du TFA du 28 novembre 2006, cause Fondation collective LPP d'Allianz Suisse Vie contre K., B 25/06, ATF 133 V 67; arrêt en allemand)

(Art. 26 al. 3, LPP)

Dans cette affaire, le TFA avait notamment à se prononcer sur la durée de versement d'une rente d'invalidité, du fait que l'institution de prévoyance avait fait valoir qu'il n'y avait plus invalidité dès lors que l'intimé avait repris une activité lucrative à plein temps. Dans son arrêt, il commence par rappeler que, comme en matière d'AI, la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire doit être adaptée ou supprimée par révision si les circonstances dont dépendait son octroi ont notablement changé (pour ce qui est de la suppression de rente, cette obligation résulte déjà de l'art. 26, al. 3, 1re phrase, LPP). Lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une suppression de rente, l'institution de prévoyance peut reprendre la décision de l'AI. Mais elle peut aussi se déterminer après avoir procédé à sa propre enquête (la question de savoir si les conditions d'une suppression de rente sont remplies s'apprécie par application analogique de l'ancien art. 41 LAI et de l'art. 17, al. 1, LAPG, en corrélation avec l'art. 88a, al. 1, RAI). Ce faisant, l'institution de prévoyance doit en outre appliquer par analogie l'art. 88bis, al. 2, RAI pour fixer la date de la suppression. Au sujet de la let. b de cette disposition, il convient de préciser que, lors d'une révision effectuée dans le cadre de la prévoyance professionnelle, c'est la violation de l'obligation de renseigner l'institution de prévoyance – et non l'office AI – qui est déterminante. Le TFA a expressément laissée ouverte la question de savoir si l'obligation de la personne assurée d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les faits susceptibles d'affecter son droit à prestations résulte directement de la loi ou doit faire l'objet d'une disposition correspondante du règlement de l'institution (en l'espèce, cette obligation était prévue dans le règlement).

586 Le délai de prescription du droit à une rente ne court pas tant qu'il y a surindemnisation

(Référence à l'arrêt du TFA du 16 octobre 2006, cause P. contre caisse de pension GastroSocial, B 54/06 ; arrêt en allemand)

(Art. 26 LPP)

Alors qu'elle était assurée auprès de la caisse de pension GastroSocial, P. subit deux accidents pour les suites desquels elle perçoit, depuis le 1er octobre 1994, une demi-rente de l'assurance-invalidité. De plus, elle a touché de l'assurance-accidents des indemnités journalières jusqu'à fin décembre

2004, puis une rente d'invalidité dès le 1er janvier 2005. A ce moment, P. demanda à GastroSocial de lui allouer une rente d'invalidité du 2e pilier dès le 1er décembre 2004, étant donné qu'il ne pouvait plus y avoir surindemnisation puisque les indemnités journalières avaient été remplacées par une rente LAA plus basse à partir de cette date. GastroSocial rejeta toutefois cette demande, au motif que le droit à la rente était prescrit. Saisi de l'affaire, le tribunal cantonal compétent donna raison à la caisse de pension. P. recourut contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA).

Dans son arrêt, le TFA constate d'abord que l'art. 41 LPP, valable jusqu'à fin 2004, est applicable en l'espèce. Le délai de dix ans fixé à son al. 1 est un délai de prescription, et non de péremption (contrairement à ce qu'affirme le message relatif à la 1re révision de la LPP). Ce texte renvoie en effet aux art. 129 à 142 CO, qui ne s'appliquent qu'aux délais de prescription.

Une créance est échue lorsque le créancier peut la faire valoir ou en exiger l'exécution, c'est-à-dire en principe dès sa naissance (art. 75 CO). Il n'en est autrement que si un terme est fixé par la loi ou le contrat ou s'il résulte de la nature de l’affaire. Selon la jurisprudence en matière de prévoyance professionnelle, le droit à une prestation prend naissance à la date prévue par la loi ou le règlement. Or, le droit à la rente d'invalidité naît en principe à la fin de la période d'attente prévue à l'art. 29, al. 1, let. b, LAI, disposition à laquelle renvoit l'art. 26, al. 1, LPP.

En l'espèce, nul n'a contesté l'existence du droit de la recourante à une rente d'invalidité du 2e pilier à partir du 1er octobre 1994, ni le fait que, si son versement avait été demandé dès cette date, elle aurait été réduite ou supprimée pour surindemnisation au moins jusqu'en novembre 1999. Aussi le TFA se borne-t-il à examiner la question de savoir si ces circonstances ont pour effet de reporter l'exigibilité de ladite prestation. Sa réponse est affirmative, car il a déjà jugé à plusieurs reprises qu'en cas de surindemnisation, le droit à la rente n'est pas supprimé, mais que le moment où il peut être exercé est simplement différé. Tant que ce moment est ainsi reporté, la rente n'est pas exigible, car le droit à cette prestation n'a pas encore pris naissance. En conséquence, le délai de prescription du droit de la recourante à sa rente du 2e pilier ne pouvait pas commencer à courir avant novembre 1999 (art. 131, al. 1, CO). Le TFA admet donc le recours.

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

8 Mai 2007

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 99

Edition Spéciale

587 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

07.064

Edition Spéciale

587 Examen périodique de la situation financière des institutions de prévoyance

L'Office fédéral des assurances sociales examine chaque année, selon l'art. 44c OPP 2, la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. Comme l'année dernière, il réalisera une enquête auprès des autorités de surveillance, qui ne portera toutefois que sur la situation des institutions de prévoyance présentant un découvert.

Cette enquête auprès des autorités de surveillance étant en principe exhaustive – toutes les institutions de prévoyance présentant un découvert sont prises en compte –, ses résultats ne seront connus que vers la fin de l'année. Mais toutes les parties concernées, comme les associations, les milieux politiques et économiques, et les autorités impliquées, souhaitent pouvoir évaluer la situation financière des institutions de prévoyance plus tôt dans l'année.

C'est pourquoi, comme l'année dernière, l'OFAS recommande de participer à l'enquête ci-jointe. Il s'agit du « Risk Check Up » réalisé chaque année par Complementa Investment-Controlling SA, en collaboration avec AWP Sécurité sociale. Cette analyse, fondée sur un relevé et des calculs standardisés, permet d'évaluer la capacité de risque des institutions qui fournissent des données. Les actifs et passifs sont analysés à la date du 31 décembre 2006, l'examen portant sur l'adéquation entre la structure de la fortune, ou le potentiel de risque qui en résulte, et les réserves disponibles.

L'enquête sera d'autant plus représentative que les institutions participantes seront nombreuses. Nous faisons dès lors appel à votre collaboration, afin que l'échantillon soit aussi représentatif que possible.

Vous pouvez également remplir le questionnaire sur ordinateur, en même temps que l'enquête de Swissca (un seul questionnaire). Des indications plus précises figurent le site suivant : www.swisscanto-pk-studie.ch

Nous voudrions également remercier toutes les institutions de prévoyance qui ont déjà participé à cette enquête l'année dernière. Nous espérons que vous serez encore plus nombreux à fournir des informations cette année.

L'évaluation des résultats globaux sera adressée à tous les participants.

Les institutions participantes ont par ailleurs la possibilité de demander une brève évaluation individualisée portant sur leur propre situation. Nous vous renvoyons à cet égard aux conditions fixées par AWP Sécurité sociale.

Le questionnaire d'AWP ci-joint permet de se faire une idée des caractéristiques du « Risk Check Up ».

(glisser dans l'enveloppe à fenêtre)

Code				

Nous vous saurions gré de bien vouloir nous retourner le questionnaire, rempli, **aussi rapidement que possible**, car nous souhaitons procéder à une évaluation préliminaire encore avant les vacances d'été.
Veuillez en tous les cas envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2007 au plus tard à:**

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

Pour toutes questions, veuillez vous adresser à Complementa Investment-Controlling AG:

Therese Werner
ou
Michael Brandenberger

Téléphone: 071 / 313 84 84
Fax: 071 / 313 84 86

- ❒ Nous sommes déjà ***abonnés*** *à AWP Sécurité sociale*. Nous recevons dès lors **gratuitement** l'évaluation succincte individuelle concernant notre caisse ainsi que l'analyse d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons une évaluation succincte individuelle de notre caisse, sous la sauvegarde de la protection des données, et souscrivons à un ***abonnement annuel*** *(Fr. 330.--, TVA incluse) pour AWP Sécurité sociale*. Le périodique publiera les résultats d'ensemble.
- ❒ Nous souhaitons uniquement le rapport gratuit concernant les résultats d'ensemble, et **renonçons** donc **à une évaluation individuelle de notre caisse**.
- ❒ Nous avons déjà rempli le **questionnaire de Swisscanto**. Le numéro enregistré est le suivant: ……..

Merci d'indiquer d'une croix ce qui convient.

Adresse de la caisse de pensions participante:

.....

.....

.....

.....

Téléphone: .....

Fax: .....

Nom de la personne de contact à laquelle la réponse doit être adressée:

.....

Sécurité sociale

AWP

«Risk Check Up» pour caisses de pensions

Mesdames, Messieurs,

Le troisième contributeur, l'intérêt, joue un rôle de plus en plus important. L'an passé a, certes, gratifié de nombreuses caisses de pensions de résultats réjouissants. Mais où «mon» institution de prévoyance se situe-t-elle par rapport aux autres? Les réserves dont je dispose sont-elles suffisantes?

Une vue d'ensemble de la situation financière réelle est donc plus que jamais nécessaire. **L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) recommande de prendre part au «Risk Check Up»,** car ce sondage fournit une contribution essentielle à **l'information du Conseil fédéral, du Parlement et du public.**

Nous vous saurions dès lors gré de bien vouloir remplir le bref questionnaire. Au cas où vous auriez déjà complété celui de Swisscanto, vous serez automatiquement intégrés à notre sondage (cf. dernière page).

En répondant aux questions posées, vous profitez également en qualité de membre responsable d'un conseil de fondation. En effet, «lors du placement de la fortune», vous devez «veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance», comme le stipule l'**art. 50 OPP 2.** Partant, il est dans votre intérêt de **tester périodiquement la tolérance aux risques de votre caisse de pensions.** Le «Risk Check Up» vous fournit à cette fin un instrument approprié.

En coopération avec Complementa Investment-Controlling AG et l'Université de Saint-Gall, nous avons procédé, au cours des douze ans passés, près de 4'000 **évaluations individuelles** de la tolérance aux risques. Les actifs et les passifs font l'objet d'une analyse à une date de référence déterminée. L'examen porte sur la question de savoir si la composition actuelle du patrimoine et son potentiel de risques correspondent aux réserves existantes et si des **réserves de fluctuation suffisantes** sont disponibles. Vous apprenez également si votre caisse court le risque d'accuser un découvert et combien de temps il lui faudrait, le cas échéant, pour rétablir l'équilibre financier.

La participation au «Risk Check Up» est gratuite. L'évaluation des résultats globaux est adressée à tous les participants. Les *abonnés* d'AWP Sécurité sociale reçoivent en outre, gratuitement, une **évaluation succincte spécifique à leur caisse.** Les *non-abonnés* la reçoivent également en souscrivant à un abonnement à titre de dédommagement pour la sauvegarde de la protection des données (cf. dernière page).

Nous vous prions de bien vouloir envoyer le questionnaire rempli **jusqu'au 15 juillet 2007 au plus tard** à l'adresse suivante:

AWP
à l'att. de Dr. Werner C. Hug
Kramgasse 17
3000 Berne 8

AWP garantit la protection de vos données dans le cadre du secret de rédaction. Celles-ci seront codées et demeurent anonymes pour l'évaluation. En outre, l'**obligation de garder le secret** est, dans tous les cas, respectée en conformité avec l'art. 86 LPP. Toutes les données sont utilisées exclusivement à des fins d'examen; elles ne sont pas transmises à des tiers.

Par le biais du périodique AWP Sécurité sociale, nous vous maintenons informés des actualités. En outre, nous organisons, selon la situation et les besoins, des séminaires de perfectionnement afin de vous simplifier la pratique.

Dans votre intérêt comme dans celui de l'ensemble des caisses de pensions, nous souhaitons par conséquent vous inviter à prendre part au «Risk Check Up». D'avance, nous vous remercions, également au nom de l'OFAS, de votre concours.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos meilleures salutations.

AWP Sécurité sociale
Dr. Werner C. Hug
Complementa Investment-Controlling AG
Dr. Benjamin Brandenberger

1. Bilan au _____

Code

	Valeurs sur le marché (seulement francs entiers)	Répartition de la position 1118
1.1 Actif		
Placements directs		
1101 Liquidités et placement à court terme (dépôts à terme inclus) auprès de banques, de la poste et de compagnies d'assurance	.....	
1120 Débiteurs, avoirs et prêts	.....	
Placements auprès de l'employeur		
1103 Créances	.....	
1104 Participation, action de l'employeur	.....	
Obligations et bons de caisse		
1105 Débiteurs suisses	.....	105 .....
1106 Débiteurs étrangers en francs	.....	106 .....
1107 en monnaies étrangères	.....	107 .....
1108 Emprunts convertibles et à options	.....	108 .....
Hypothèques		
1109 sur biens-fonds suisse	.....	109 .....
1110 sur biens-fonds étrangers	.....	110 .....
Actions et bons de participation		
1111 Suisse * sans Private Equity et Hedge Funds	.....	111 .....
1112 Etranger	.....	112 .....
Bien-fonds, immeubles		
1113 Suisse	.....	113 .....
1114 Etranger	.....	114 .....
Placement alternatifs		
1115 Private Equity	.....	115 .....
1116 Hedge Funds	.....	116 .....
1121 Commodities	.....	121 .....
1117 Divers (par ex. Métaux précieux et autres)	.....	117 .....
Placement indirects		Mixte (placements OPP 2)
1118 Prétentions, parts et participations dans des fondations et des fonds de placement, ainsi que dans des sociétés immobilières	.....	118 .....
Compte de régularisation actif		
1122 Compte de régularisation actif	.....	
Actifs provenant de contrats d'assurance		
1123 Actifs provenant de contrats d'assurance	.....	
1119 Total actif		

		Répartition de la position 1218
1.2 Passif		
1218 Dettes	.....	
218.1 Prestations de libre passage et rentres		218.1 .....
218.2 Banques / Assurances		218.2 .....
218.3 Autre dettes		218.3 .....
1219 Compte de régularisation passif	.....	
1214 Réserve de contributions de l'employeur	.....	Répartition de la position 1214
214.1 - sans renonciation à l'utilisation		214.1 .....
214.2 - assortie d'une renonciation à l'utilisation		214.2 .....
1213 Provisions non techniques	.....	
1215 Capitaux de prévoyance et provisions techniques	.....	Répartition de la position 1215
215.1 Capital de prévoyance assurés actifs**		215.1 .....
215.2 Capital de prévoyance retraités		215.2 .....
215.4 Passifs résultant de contrats d'assurance		215.4 .....
215.3 Provisions techniques		215.3 .....
1220 Réserves de fluctuation de valeurs	.....	**dant min. légal estimé (part engagements LPP). Rep. pos. 215.1
1216 Capital de la fondation, fonds libres / Découvert	.....	
1217 Total passif (=position 1119)		.....

2. Quel était le montant de la performance, pondérée dans le temps, sur le capital investi en moyenne (patrimoine total avec des immeubles, décompté les gestions de biens)? Performance en %:

2001	.....	2004	.....
2002	.....	2005	.....
2003	.....	2006	.....

3. A quelle performance votre caisse aspire-t-elle à long terme? .....% par an

4. Quelle est la forme de primauté de vos rentes de vieillesse? (Veuillez indiquer d'une croix ce qui convient)

❒ Primauté des prestations — Taux d'intérêt technique: .....%

❒ Primauté des cotisations — Intérêt minimum réglementaire des avoirs de vieillesse (et/ou paiement des intérêts effectif, si aucun paiement des intérêts minimum réglementaire n'est fixé): .....%

Taux d'intérêt technique du capital de couverture des rentiers: .....%

5. Quel était, en 2006, le volume des cotisations annuelles que votre caisse de pensions a pu percevoir? (Cotisations, primes uniques et rachats; RPC 26 nombre 8. lit. K)
Fr. .....

6. Quel était, en 2006, le volume des paiements de rentes (de vieillesse, d'invalidité, de survivant etc.) et des prestations de capital annuels que votre caisse de pensions a dû verser (RPC 26 nombre 8. lit. M et N)?

❒ Rentes Fr. ..... ❒ Capital Fr. .....

7. Quel était, en 2006, le montant des prestations d'entrée et de sortie (de libre passage, propriété du logement/divorce) annuelles de votre caisse de pensions?

a) Paiements (entrants, RPC 26 nombre 8. lit. L) Fr. .....

b) Versement (sortants, RPC 26 nombre 8. lit. O) Fr. .....

8. Quel était, à fin 2005 (année précédente), le montant du capital lié (position 1215)?

Fr. .....

9. Y a-t-il eu, au cours de l'exercice commercial 2006, des modifications extraordinaires dans le capital lié (par ex. distribution de fonds libres, retraites anticipées extraordinaires, changement de taux d'intérêt technique etc.)?

❒ Oui ❒ Non

Si oui, Fr. .....

10. Nombre d'assurés au 31.12.2006: Personnes actives: .....
Bénéficiaires de rentes: .....

11. A quelle branche votre entreprise patronale appartient-elle? (selon recensement fédéral des entreprises)

.....

12. Enregistrement de votre institution de prévoyance selon l'art. 48 LPP? ❒ Oui ❒ Non

13. Pour les caisses de pensions de droit public: existe-t-il une garantie de l'Etat? ❒ Oui ❒ Non

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Prévoyance vieillesse et survivants

19 juillet 2007

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 100

Edition spéciale

Prise de position de l'OFAS concernant la liquidation partielle

588 Règlement concernant la liquidation partielle – exigences minimales quant aux conditions

589 Approbation du règlement de liquidation partielle – effet constitutif de la décision de l'autorité de surveillance

590 Contenu minimal des dispositions réglementaires relatives aux conditions de liquidation partielle

591 Liquidation partielle intervenant durant la période transitoire

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

Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tel. +41 31 324 06 11, Fax +41 31 324 06 83
www.bsv.admin.ch

07.090

Edition spéciale

Prise de position de l'OFAS concernant la liquidation partielle

588 Règlement concernant la liquidation partielle – exigences minimales quant aux conditions

Champ d'application et but de la prise de position

La présente prise de position est valable pour les institutions de prévoyance qui servent des prestations réglementaires. Elle montre les points que l'organe paritaire suprême d'une institution de prévoyance doit prendre en compte lors de l'établissement d'un règlement de liquidation partielle :

- l'effet constitutif de l'acceptation du règlement par l'autorité de surveillance
- le contenu minimal des dispositions réglementaires concernant les conditions d'une liquidation partielle
- Liquidation partielle intervenant durant la période transitoire

D'autres réglementations relatives au contenu minimal des dispositions réglementaires établies par les autorités de surveillance LPP compétentes (check-lists) demeurent réservées.

589 Approbation du règlement de liquidation partielle – effet constitutif de la décision de l'autorité de surveillance

Depuis le 1er janvier 2005 (date d'entrée en vigueur de la deuxième étape de la 1ère révision LPP), la procédure de liquidation partielle des institutions de prévoyance est simplifiée. Ainsi, les institutions de prévoyance fixent elles-mêmes, dans un règlement, les conditions et la procédure qui régissent les liquidations partielles. Conformément à l'art. 53b, al. 2, LPP, ces prescriptions réglementaires doivent être approuvées par l'autorité de surveillance. Il s'agit donc d'un examen préalable, avec effet constitutif[1]. La notification de cette décision se fait selon les principes usuels du droit administratif.

590 Contenu minimal des dispositions réglementaires relatives aux conditions de liquidation partielle

Le règlement doit contenir au moins les points suivants concernant les conditions de liquidation partielle

- Principes

Les différentes suppositions de fait devant être spécifiées dans le règlement figurent à l'art. 53b, al. 1, LPP. Il ne suffit cependant pas de reprendre l'art. 53b, al. 1, LPP tel quel. Les institutions de prévoyance doivent adapter concrètement les conditions de liquidation partielle à leurs spécificités.

Le fardeau de la preuve selon laquelle les conditions pour une liquidation partielle sont réalisées ne peut être transféré aux destinataires par le règlement.

L'énumération figurant dans le règlement est exhaustive. Des clauses donnant au conseil de fondation la compétence de reconnaître d'autres états de faits que ceux figurant dans le règlement de liquidation partielle ne sont pas admissibles.

- Diminution considérable de l'effectif

L'état de fait „diminution considérable de l'effectif" doit être concrétisé dans le règlement.
Comme cela ressort du terme « effectif », il doit toujours s'agir d'une diminution du nombre des employés d'un certain employeur, lequel étant affilié à une institution de prévoyance. D'une manière générale, une diminution d'au moins 10 pour cent de l'effectif est considérée comme « considérable ».

[1] Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) du 1er mars 2000, FF **2000** 2495, p. 2555

Ce sont les circonstances du cas particulier ainsi que la dimension de l'entreprise qui seront déterminants. Est par exemple admissible, une diminution de 30 pour cent dans une entreprise occupant 10 personnes ou une diminution de 10 pour cent dans une entreprise de 200 personnes. Une diminution considérable de l'effectif est en outre toujours réalisée lorsque les conditions concernant les licenciements collectifs selon art. 335d CO sont remplies.

- Restructuration d'entreprise

Par restructuration, on entend une réorganisation chez l'employeur qui entraîne des licenciements. Ces derniers peuvent conduire soit à une réduction de personnel, soit à des remplacements sans diminution de l'effectif. Lors du remplacement de personnel, les départs effectifs sont déterminants. Par contre, une augmentation de personnel suite à une reprise d'entreprise ou à une fusion n'entraîne pas de liquidation partielle. En cas de restructuration, il faut également se baser sur la situation spécifique de chaque entreprise affiliée et non pas sur celle de l'institution de prévoyance considérée globalement.

- Institutions collectives: particularités

La résiliation d'un contrat d'affiliation entraîne la liquidation partielle de *l'institution* collective lorsqu'il y a des fonds communs à toutes les caisses de pensions affiliées et que l'institution collective supporte les risques (ce qui n'est généralement pas le cas dans les fondations collectives qui disposent de comptes séparés pour chaque caisse de pensions affiliée). Elle entraîne la liquidation partielle de la *caisse* de pensions affiliée lorsque la résiliation du contrat ne concerne pas tous les assurés (par exemple si les rentiers restent dans l'institution actuelle).

- Institutions communes: particularités

En ce qui concerne les institutions communes[2], il peut se justifier, dans certains cas particuliers, de prévoir un critère complémentaire (par exemple diminution de l'effectif des assurés, du total du capital de couverture) dans les trois états de faits (réduction considérable de l'effectif du personnel, restructuration d'entreprise, résiliation du contrat d'affiliation). Lorsqu'un tel critère complémentaire est appliqué, il ne faut toutefois pas relativiser de manière inadéquate le principe selon lequel il faut se baser sur la situation spécifique de l'entreprise affiliée.

591 Liquidation partielle intervenant durant la période transitoire

Depuis le 1er janvier 2005, les institutions de prévoyance doivent se doter d'un règlement de liquidation partielle. En vertu de la lettre d des dispositions finales de la modification de l'OPP2 du 18 août 2004 entrées en vigueur à cette même date, les institutions de prévoyance disposent d'un délai de 3 ans pour adapter leur règlement. Si une institution de prévoyance est amenée à procéder à une liquidation partielle avant la fin de la période transitoire (c'est-à-dire avant le 31.12.2007), alors qu'elle ne possède pas encore de règlement de liquidation partielle, c'est à ce moment *au plus tard* que celle-ci doit se doter d'un tel règlement.

Après approbation par l'autorité de surveillance, elle en appliquera les principes aussi bien pour une liquidation partielle dont le jour déterminant est antérieur au moment de l'approbation du règlement de liquidation partielle par l'autorité de surveillance (soit entre le 1er janvier 2005 et le moment où le règlement est approuvé) que pour toutes les liquidations partielles futures.

[2] ont considérées comme des institutions communes les institutions qui affilient plus d'un employeur, sans avoir de comptabilité séparée pour chaque caisse de pensions affiliée.