

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° 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

<i>Agence régionale/territoire</i>	<i>Adresse/Téléphone</i>
<u>Agence régionale de la Suisse romande</u> 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
<u>Agenzia regionale della Svizzera italiana</u> TI GR (Districts de Bergell, Misox, Puschlav)	Via Ferruccio Pelli 1 6901 Lugano 091 910 47 67
<u>Zweigstelle Winterthur</u> 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
<u>Zweigstelle Zürich</u> 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
<u>Administration comptes de libre passage</u> (selon l'art. 4 al. 2 LFLP)	Postfach 4338 8022 Zürich 01 284 55 15
<u>Siège</u>	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 fédéral¹. 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 1^{er} 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 ballottage, 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 allègement 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 elle 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 allègement 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 règlement 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 énumérés 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 révision (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 énumérés 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 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);

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 affilié²;
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. 89^{bis}, 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 affilié³ (réglementation LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, applicable à toutes les fondations de prévoyance du personnel selon l'art. 89^{bis}, 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 dispositions 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 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 posteriori, 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 attentes 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 préjudiciel 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.