



PITTET ASSOCIÉS

NOTA BENE

La newsletter juridique de Pittet Associés SA / N° 6 / Mai 2014



À LA UNE

\ Du nouveau pour les gestionnaires de fortune externes

L'article 48f de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2) a une nouvelle teneur depuis le 1^{er} janvier 2014. Bref résumé des modifications introduites.

Ne peuvent désormais être chargées de la gestion de fortune, en tant que personnes ou institutions externes, que des personnes ou institutions soumises à une autorité de surveillance des marchés financiers. La Commission de Haute Surveillance de la Prévoyance Professionnelle (CHS PP) peut toutefois habilitier d'autres personnes ou institutions, à certaines conditions. Il n'est toutefois pas encore prévu que ces personnes soient soumises à une surveillance régulière, mais une solution allant dans ce sens est à l'étude dans le cadre du projet de loi sur les services financiers (LSF, arrêté du Conseil fédéral du 28.03.2012).

Directive de la CHS PP

Le 20 février 2014, la CHS PP a émis une directive (D-01/2014) dans laquelle elle précise la notion d'habilitation des gestionnaires de fortune actifs dans la prévoyance professionnelle.

En préambule, la CHS PP indique que, selon elle, l'article 48f OPP2 doit être compris comme une solution transitoire, en attendant que les gestionnaires de fortune indépendants soient soumis à une surveillance constante de la FINMA.

Pour la CHS PP, est considéré comme gestionnaire de fortune actif dans la prévoyance professionnelle, et donc soumis aux Directives de la CHS PP en la matière, « quiconque conclut avec une institution de prévoyance un contrat de gestion de fortune avec procuration pour procéder de façon indépendante (discrétionnaire) à des opérations de placement de la fortune de prévoyance. Est également réputé tel tout gestionnaire de portefeuille immobilier ayant conclu avec une telle institution un contrat de gestion de fortune avec procuration pour procéder de façon indépendante à l'achat et à la vente de biens immobiliers. Ne sont pas réputés gestionnaires de

fortune les personnes et institutions qui exercent une activité de pur conseil, ou qui sont chargées de l'entretien et de l'exploitation des biens immobiliers d'une institution de prévoyance ou servant à la prévoyance professionnelle (gérants d'immeubles), ou encore qui servent d'intermédiaires pour l'achat ou la vente d'immeubles spécifiques par de telles institutions (courtiers en immeubles) ».

Pour les conditions d'habilitation des gestionnaires de fortune, l'accent est mis essentiellement sur les critères en lien avec les conditions personnelles, professionnelles et les éléments touchant à l'organisation.

Ainsi, dans un premier temps, la CHS PP fixe les conditions à remplir par les gestionnaires qui souhaitent obtenir une habilitation, tant au niveau de l'organisation générale de l'entreprise que de la structure financière et des exigences en matière de signatures pour engager la société de gestion ou de délégation. Elle pose également les règles à respecter en matière de contrôle du respect des stratégies de placement.

JURISPRUDENCE

Quelques jurisprudences intéressantes

1. Clause bénéficiaire (art. 20a LPP)

Prestations de survivants au sens de l'article 20a LPP

Lorsque l'article 20a LPP a été introduit dans la loi, dans le cadre de la première révision LPP (l'article est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2005), l'idée générale était d'améliorer la protection des concubins lors du décès d'un assuré non marié et d'uniformiser les prestations de survivants dans le domaine de la prévoyance subobligatoire (ATF 136 V 127). Depuis, cette disposition a donné lieu à de nombreux arrêts de la Haute Cour.

Cadre de l'article 20a LPP

A ce jour, il ressort des différentes jurisprudences rendues par le Tribunal fédéral (TF) que, de manière générale, le cadre réglementaire dans lequel les institutions de prévoyance peuvent intégrer des prestations de survivants pour d'autres bénéficiaires que le conjoint survivant et les orphelins est relativement limité. En effet, les institutions de prévoyance doivent respecter la cascade et l'ordre prévus par le législateur. Elles ne peuvent pas étendre le cercle des bénéficiaires prévus par la loi (mais peuvent le restreindre si elles respectent l'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination) et doivent respecter le fait que l'existence d'un seul bénéficiaire dans une catégorie exclut les bénéficiaires des catégories suivantes.

Définition de notions indéterminées

Pour les tribunaux se pose, de manière assez régulière, la question de l'interprétation de différentes notions indéterminées, telles que « personnes à charge », « communauté de vie ininterrompue » ou « ménage commun » que l'on trouve tant dans l'article de la loi que dans les différents règlements des institutions de prévoyance faisant usage de la possibilité d'introduire des prestations de survivants au sens de l'article 20a LPP.

- *Communauté de vie*

Dans le cadre de l'ATF 137 V 383 concernant deux concubins dont l'un avait dû, pour des raisons de droit des étranger,

rentrer vivre dans son pays durant quelques mois, le TF a considéré que la « communauté de vie » devait être considérée comme « l'union de deux personnes de même sexe ou de sexes différents, fondamentalement assortie d'un caractère d'exclusivité sur le plan aussi bien spirituel et psychologique que physique et économique », ces critères n'étant toutefois pas cumulatifs. Pour le Tribunal, cette notion ne nécessite pas l'existence d'un entretien prépondérant par le défunt de la personne avec qui il vivait en communauté, ce qui n'exclut cependant pas que les institutions qui le souhaitent puissent ajouter ce critère dans leur règlement (ATF 138 V 86). Pour déterminer l'existence d'une « communauté de vie », l'élément déterminant pour le Tribunal est donc celui de savoir s'il est possible d'admettre, compte tenu de toutes les circonstances d'un cas d'espèce, le fait que les deux partenaires étaient prêts à se fournir mutuellement secours et assistance au sens de l'article 159 al. 3 CC valable pour les époux.

- *Ininterrompu*

Dans ce même arrêt (ATF 137 V 383), le TF s'est également posé la question de savoir ce qu'il fallait entendre sous le terme « ininterrompu » puisqu'en l'espèce, la personne qui faisait valoir son droit à des prestations de survivant avait dû vivre à une adresse différente de celle de l'assuré durant quelques mois. A cet égard, le TF a considéré qu'une communauté de vie permanente en un domicile fixe n'était pas/plus compatible avec la vie actuelle et que seule devait être prise en compte l'intention manifeste des concubins de vivre ensemble dans le même ménage, autant que les circonstances le leur permettaient et, qu'ainsi, une interruption de plus de trois mois n'était pas, en soi, déterminante.

- *Soutien dans une mesure considérable*

Dans un autre arrêt (ATF 138 V 98), le TF a dû examiner la notion de « soutien dans une mesure considérable ». En l'espèce, une institution de prévoyance avait notamment ajouté cette notion dans son règlement à l'exigence de

communauté de vie ininterrompue. Le TF a déterminé que cette notion, devant être comprise uniquement dans un sens « matériel » (puisque le terme de soutien dans son sens « immatériel » était inhérent à la notion de communauté de vie), ne pouvait cependant être limitée à l'aspect financier mais devait également être étendue à un soutien sous forme de travail ou de soins. En outre, le TF a reconnu que, dans le cadre d'un soutien financier, c'est effectivement le revenu imposable qui doit être pris en compte. Il a cependant évité, dans cet arrêt, de se prononcer sur l'ampleur que devrait atteindre ce soutien pour être déterminant, ce dernier étant, en l'espèce, clairement inférieur à 20%.

• *Personne à charge*

Dans son arrêt 9C_522/2013 du 28 janvier 2014 destiné à publication, le TF a précisé la notion de « personne à charge » de l'art. 20a LPP. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un assuré décédé en 2010, laissant sa mère et une compagne réclamant toutes deux l'octroi du capital-décès. Conformément aux exigences de l'institution de prévoyance, l'assuré décédé avait, en février 2010, désigné sa compagne comme personne bénéficiaire sur le formulaire officiel de l'institution de prévoyance. Sur ce formulaire figure notamment le fait que la personne bénéficiaire doit avoir été entretenue par l'assuré(e) dans une mesure considérable et, qu'en règle générale, l'entretien est admis si l'assuré a participé pour plus de la moitié à l'entretien de la personne concernée, qu'il a été régulier et a duré au moins 5 ans.

Le TF a rappelé que les institutions de prévoyance pouvaient prévoir une définition plus restrictive du cercle des bénéficiaires que celle prévue à l'art. 20a LPP, pour autant qu'elles soit prévue dans un règlement et qu'elle respecte les principes constitutionnels. En l'espèce, le TF a considéré que la simple mention de ces éléments sur un formulaire ne pouvait être considérée comme une disposition réglementaire.

Pour le Tribunal, le soutien « dans une mesure considérable » ne peut être admis, dans le sens d'une perte de soutien, que s'il s'étend sur une certaine durée. Dans son analyse, il a relevé que même si le concubinage n'entraînait aucune obligation légale d'entretien (contrairement au mariage ou au partenariat enregistré), la jurisprudence considérait, en droit de la famille par exemple, qu'un concubinage d'une certaine durée impliquait « de facto » l'existence d'un soutien. Le TF a précisé qu'il s'agissait de tenir compte de la durée de l'entretien, et non de la durée du concubinage. Il a donc retenu que, pour être considéré comme « substantiel », l'entretien doit avoir duré au minimum deux ans. En l'espèce, la durée de l'entretien n'ayant été que de 22 mois, le TF a rejeté le recours de la compagne.

Il est à noter que, dans l'arrêt 9C_523/2013 du même jour (et concernant les mêmes personnes), le TF a considéré que la jurisprudence applicable à l'article 20a LPP s'appliquait également dans le domaine du 3^e pilier a (article 2 al. 1 let. b ch. 2 OPP3).

2. Devoir d'information des institutions de prévoyance

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser l'étendue du devoir d'information des institutions de prévoyance, sur la base de l'art. 86b LPP. Cet article est applicable dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire (art. 49 al. 2 ch. 26 LPP). Il ressort de la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral que l'information doit être transmise à tous les assurés spontanément et sous une forme adéquate, notamment en cas de modifications réglementaires (cf. notamment ATF 136 V 335 consid. 4.2.1).

Soirées d'information

Dans le premier arrêt, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'une caisse de pensions qui, dans le cadre d'une modification importante de son règlement, a adapté différentes dispositions. Parallèlement à celles concernant le droit aux prestations de survivants pour le concubin, les modifications portaient notamment sur l'abaissement du taux de conversion de 7,2% à 6,2%, de l'introduction d'une assurance bonus (capital-épargne et prestations risques), de modalités particulières pour effectuer des rachats pour des prestations complémentaires ainsi que de la possibilité de prélever entièrement le capital en lieu et place d'une rente. Avant l'entrée en vigueur de ce nouveau règlement, la caisse de pensions a adressé la nouvelle mouture du texte réglementaire à ses assurés par courrier. Elle a également organisé deux soirées d'information sur ce sujet, auxquelles tous les assurés avaient été conviés: l'une au cours de l'assemblée générale ordinaire des assurés, l'autre dans le cadre d'une assemblée extraordinaire.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord confirmé qu'en adressant par courrier le nouveau règlement à tous ses assurés, la caisse de pensions respectait son obligation d'information (cf. arrêt du 6 juin 2007 B 85/06 consid. 5.2).

En revanche, contrairement à l'instance inférieure, les juges fédéraux ont estimé que la caisse de pensions n'avait pas suffisamment attiré l'attention des assurés sur l'introduction d'une nouvelle clause particulière concernant les concubins et selon laquelle l'assuré devait désormais informer l'institution de prévoyance par écrit et avant d'atteindre l'âge de la retraite de l'existence d'une telle relation. Pour le Tribunal, la seule notification du règlement de prévoyance, sans qu'il y ait au moins une mention particulière dans une lettre d'accompagnement sur les aspects importants adaptés, ne suffit pas à considérer que l'assuré a été suffisamment informé. De plus, les deux convocations aux assemblées précitées ne mentionnaient pas non plus expressément cette exigence supplémentaire de la communication écrite de l'existence d'un concubinage. Au final, le Tribunal fédéral a donc jugé que l'institution de prévoyance avait violé son obligation d'informer selon l'art. 86b LPP.

Les conséquences d'une telle violation sont identiques à celles qui existent en cas de renseignement erroné en droit administratif: si les conditions de la protection de la bonne foi sont réunies, l'assuré pourra prétendre à une prestation, alors même que toutes les exigences (légales et réglementaires) ne sont pas remplies, du fait du défaut d'information préalable (arrêt du 29 janvier 2014 9C_339/2013).

Règlement de liquidation partielle

Dans un autre arrêt, rendu le 23 décembre 2013 (9C_135/2013 consid. 5.4.4, publication ATF prévue), le Tribunal fédéral a précisé qu'un règlement de liquidation partielle fait partie des informations qui doivent être transmises au sens de l'art. 86 al. 1 lit. a LPP. Généralement, l'autorité de surveillance compétente rappelle à l'institution de prévoyance, dans le cadre de la procédure d'approbation réglementaire prévue à l'art. 53b al. 2 LPP, qu'elle

doit faire parvenir à ses assurés un exemplaire du règlement de liquidation partielle (cf. ATF 139V 77 consid. 3.1.1).

Pour l'heure, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si l'institution de prévoyance respectait ses obligations en déléguant à l'employeur la tâche de remettre aux assurés le règlement de liquidation partielle (ou toute autre information). Toutefois, si l'on se réfère à l'arrêt commenté ci-dessus (9C_339/2013), la remise d'un règlement de liquidation partielle par courrier devrait en principe suffire pour respecter l'obligation d'informer, conformément à l'art. 86b LPP, que l'envoi soit fait par l'institution de prévoyance ou par l'employeur.

Ces deux arrêts démontrent une nouvelle fois l'importance de la communication des informations aux assurés et le soin que les institutions de prévoyance doivent y apporter.

INFORMATION

iLPP, l'application des acteurs du 2^e pilier

Pour iPhone et Android.



GRATUIT



CONTACT

Service juridique de Pittet Associés

Votre contact

GUY LONGCHAMP

Directeur
Avocat

g.longchamp@pittet.net
T +41 22 593 0132 (direct)

SARA PELLETIER

Juriste

s.pelletier@pittet.net
T +41 22 593 0142 (direct)

GENÈVE LAUSANNE BERNE SION PARIS

Pittet Associés SA

Rue du XXXI-Décembre 8 – Case postale 6227 – CH-1211 Genève 6
T +41 22 593 0101 – F +41 22 593 0100

www.pittet.net